

بسم الله وبعد: تم الرفع بحمد الله من طرف بن عيسى ق متخرج من جامعة المدية سنة 2007

للتواصل وطلب المذكرات :

بريدي الإلكتروني: benaissa.inf@gmail.com

MSN : benaissa.inf@hotmail.com

Skype :benaissa20082

هاتف : 0771087969

دعوة صالحة بظهر الغيب....

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة منتوري - قسنطينة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص فرع القانون العقاري

العنوان:



مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري

إعداد:

فنطازي خير الدين

تحت إشراف:

د. عبد المجيد قموح

اللجنة المناقشة:

- د. عبد المجيد قموح .... مشرفا

- د. عبد الحفيظ طاشور .... رئيسا

السنة الجامعية: 2006-2007

شكر وتقدير

يسعدني أن أتقدم بهذه الثمرة الزكية
والباكورة الندية التي تحمل في طياتها زبدة
أفكاري وعصارة جهدي وآمالي،

إلى خير مرشد وناصح، إلى من أبهرني
تواضعه فسما في عيني سمو البدر ليلة
الدجى، فأضحى أبا موجها، ومثالا مقتدى
ذلل الصعاب وكفف العتاب،

إلى أستاذي الكريم: د. عبد المجيد قموح

خطة البحث

المقدمة

الفصل الأول: ماهية الوقف وتطوره في التشريع الجزائري

المبحث الأول: ماهية الوقف
المطلب الأول: تعريف الوقف في التشريع الجزائري.
الفرع الأول: تعريف الوقف.
الفرع الثاني: أنواع الوقف.
المطلب الثاني: أركان الوقف وشروط نفاذه.
الفرع الأول: أركان الوقف.
الفرع الثاني: شروط نفاذ الوقف.
المطلب الثالث: خصائص الوقف وإثباته.
الفرع الأول: خصائص الوقف.
الفرع الثاني: إثبات الوقف.
المبحث الثاني: ماهية الوقف
المطلب الأول: نظام الوقف في الجزائر قبل الاستقلال.
الفرع الأول: نظام الوقف في ظل الحكم الإسلامي.
الفرع الثاني: نظام الوقف خلال فترة الاحتلال الفرنسي.
المطلب الثاني: نظام الوقف ما بعد الاستقلال إلى سنة **1990** (الفترة الانتقالية).
الفرع الأول: الوقف من خلال المرسوم رقم: **283/64**: المتضمن الأملاك الحبسية العامة
الفرع الثاني: الوقف من خلال قانون الأسرة الجزائري.
المطلب الثالث: نظام الوقف في مرحلة ما بعد سنة **1990**.
الفرع الأول: الوقف من خلال قانون التوجيه العقاري.
الفرع الثاني: الوقف من خلال قانون الأوقاف رقم: **10/91**.

الفصل الثاني: تسيير الأملاك الوقفية واستغلالها

المبحث الأول: تسيير الأملاك الوقفية.
المطلب الأول: طرق إدارة وتسيير الأملاك الوقفية.
الفرع الأول: التنظيم الهيكلي للإدارة المسيرة للأوقاف.

شكر وإهــــداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى كل أفراد العائلة

خاصة الوالدة والزوج

وأتقدم بالشكر الخالص إلى السيد النقيب على

مجهوداته من أجل إنجاح هذه الدورة وكذا

السيد مدير التدريب الأستاذ جيلالي اليزيد

والأستاذ حمودة عدلان على نصائحهما

وتوجيهاتهما

وكذا الشكر الخالص إلى الأستاذ المشرف على

التدريب الأستاذ برحال ابراهيم

مقدمة

لقد عرفت الحضارات القديمة الوقف كنظام أو نوع من المعاملات في الأموال عموما، من خلال عدم قابلية التصرف في الرقبة، مع إمكانية الانتفاع بها لجهة معلومة ومقصودة، وإن كانت له تسميات مختلفة، وأنماط جعلته يختلف عن نظام الوقف الإسلامي التعبدي، فلقد كان قدماء المصريين يوقفون أموالهم ويحبسون أراضيهم الواسعة قربة للآلهة، ووقفوا البناءات الضخمة للمعابد لإقامة شعائرهم الدينية، وذلك على عهد الأسرة الرابعة، حسب ما رصده المؤرخون ولعل ما وقفه رمسيس الثاني لمعبد "إبيروس" لدليل على ذلك لتكون بذلك هذه الحقبة بداية لظهور هذا النوع من المعاملات في الأموال المتمثلة في خاصية عدم قابلية التصرف في الأموال الوقفية، كما أن الوقف آنذاك كان مصدر رزق للقبيلة والعشيرة تنتفع به، لينتقل حق الانتفاع بعد ذلك إلى أولادهم وأعقابهم، دون أن يكون لهم حق التصرف، وكان يثبت هذا الشرط بعقود وطقوس معينة، يوقف فيها الواقف بعض أملاكه إلى ابنه الأكبر، على أن يعود بالربع على الإخوة الأصاغر.

غير أنه بتطور الحضارات تطورت نظرة الفرد للوقف بتطور وسائل الحياة فمن خلال الحضارة الرومانية، عرف الوقف مفهوما وطرق تسيير غير تلك التي سادت في حضارة الفراعنة، إذ أنهم حاولوا تطوير هذا النوع من المعاملات والاجتهاد والتفنن فيه بشكل خاص، فقد كان أعيان الرومان يوقفون أملاكهم على عشائرهم وأسرهم، فكان يرهن حق الانتفاع بالوقف، للذكور والإناث المعينين من الواقف دون قيد، زيادة على حرية هذا الأخير في تحديد مدة للانتفاع بالوقف، أو جعله مطلقا، فمشروعية الوقف إذن عند الرومان أنه يقوم على حق الانتفاع فقط دون حق الرقبة، مع تحريم التصرف في الوقف بالبيع أو الهبة أو التنازل عنه من قبل المنتفعين به.

وبالإضافة إلى هذا النوع من الوقف، فقد عرف الرومان أيضا النوع الثاني منه، وهو النوع الشائع عندهم والمتمثل في وقف الأملاك على كنائسهم ومعابدهم.

وهكذا ليكون نظام الوقف الذي كان ساريا عند الرومان يختلف عن ذلك الذي استعملته الشعوب القديمة خاصة في الجاهلية، حيث كان الوقف



مقصورا على الذكور فقط دون الإناث لتكون إدارة الأملاك الوقفية للأرشد من أولاد الواقف تفاخرا مهم بذلك.

وبمجيء الإسلام تم الإقرار للوقف الصبغة التعبدية المشروعة ، وأصبح نظاما قائما بذاته، ووضعت أحكامه المنضبطة والدقيقة في إطار الشرعية الإسلامية القائمة بالدرجة الأولى على العدالة الاجتماعية، واستمد الوقف بذلك مشروعيته من أفعال قولية وعملية من الكتاب والسنة وعمل الصحابة والتابعين.

حيث ورد في سورة البقرة الآية (266): "... يا أيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم، ومما أخرجنا لكم من الأرض ...".

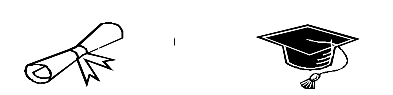
وقال تعالى: "... وافعلوا الخير لعلكم تفلحون ..." سورة الحج الآية (75).

ولقد أجمع الفقهاء أن السنة النبوية أقرت فعلا الأحكام التنظيمية المشروعة للوقف حيث قال الرسول (صلى الله عليه وسلم): "إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له". وقد أجمع الفقهاء على أن الصدقة الجارية هي الوقف، ولقد كان وقف عمر مائة سهم من خيبر أول وقف في الإسلام على المشهور، وقال جابر رضي الله عنه: " ما بقي أحد من أصحاب رسول الله له مقدرة إلا وقف"، وقال النووي عن الوقف: "هو مما اختص به المسلمون".

ويلاحظ أن القليل من أحكام الوقف ثابت بالسنة، ومعظم أحكامه ثابت باجتهاد الفقهاء بالاعتماد على الاستحسان والاستصلاح والعرف.

لذلك اختلف الفقهاء وأصحاب المذاهب حول الوقف من حيث مشروعيته وأركانه وبعض الأحكام التنظيمية له، وكل ذلك في سبيل بلوغ أسمى خلق في المعاملات ودون أن ننسى بأن الاستحسان والاستصلاح أمران بهما من المرونة في الفهم والتطبيق ما كان سببا في خلاف الأئمة منذ القدم، وما زاد الاختلاف شدة الاعتماد على العرف وهذه البلاد الإسلامية على شساعة أرضها تعج بالأعراف المتباينة فتباينت معها الفتاوى والآراء الفقهية، وكل ذلك في مصلحة العباد.

ولكن إذا كان الحال كذلك، فإنه باعتماد المشرع الجزائري أحكام الشريعة الإسلامية في حل ما لا نص فيه، يجعل المنظومة الوقفية في ظل

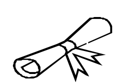


هذا الموقف المبهم متذبذبة في أحكامها بين مذهب وآخر مما يجعل من الوقف في الجزائر نظاما فريدا من نوعه يدفع بالمهتمين والباحثين إلى البحث والسعي وراء معرفة وضعية الأملاك الوقفية في الجزائر، فهل هو نظام يفي بالغرض المنوط بالوقف، أم أنه مزيج من المواقف والآراء المذهبية.

ذلك أن الوقف كما هو معروف، ليس حكما شرعيا بالأولية، بل هو اختيار الواقف المكلف، ثم إنه ليس حقا للناس عليه، أو أنه لا ينطبق عليه تعريف الحق.

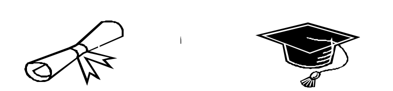
لذلك اختلف الفقهاء حول طبيعة الوقف وفي مآلاته، وباستطلاع الآراء الفقهية المختلفة والمتضاربة، يجدر بنا طرح التساؤل حول طبيعة الوقف في نظر المشرع الجزائري، هل هو حبس للعين أم حبس للمنفعة؟

وهو الأمر الذي يتوقف عليه التعامل مع الأملاك الوقفية، ويرسم مصيرها بوضوح خاصة حول ما يتفرع عن هذا الإشكال من تساؤلات، تنتج عنه بالطبيعة، ذلك أن الوقف يحتاج في تحديد طبيعته إلى توضيح العقبات التي يواجهها بالأخص تلك التي تتعلق بمسألة التبيد في الوقف، فهل هو مؤبد أم مؤقت، ومدى جواز الرجوع عنه من طرف الواقف، وإلى بيان الأركان التي يقوم عليها هذا النوع من الأملاك، وشروط نفاذها، لأن الوقف كنظام حالي لم يأت جملة وإنما تمخضت تفاصيله عن تدرج وتطور تاريخي وتشريعي مهمين تجدر بنا إجلاء معالمهما من خلال هذا البحث المتواضع، ساعين قدر الجهد تناول هذا الموضوع الشائك بالتحليل والتعمق فيه أكثر من جهة نظر المشرع الجزائري وموقفه الرسمي من نظام الوقف بكل ما يطرح من تساؤلات مع ما يكتنف هذا الموضوع من عقبات تغذيها ندرة المراجع في هذا المجال من دراسات متخصصة أو كتب في هذا المجال بالذات، مع ما واجهناه من صعوبات في جمع المعلومة أو المادة العلمية، والاحتكاك بجميع المستويات التي لها علاقة مباشرة أو غير مباشرة بهذا النوع من الأملاك في الجزائر محاولين رصد الأفكار سواء على مستوى الأفراد أو على مستوى الإدارات، وهو الأمر الذي يحدد الجانب العملي من البحث والذي يمس الإطار التنظيمي والتسيير الإداري للأملاك الوقفية، لتوضيح كيف تسير إدارة الأوقاف في الجزائر وما نوع النمط الإداري الذي اعتمدته الجزائر في التسيير؟ وهل توجد رقابة على تسيير هذه الأملاك، أم أن الأمر مجرد سد الاحتياجات عامة فحسب يتطلبها صنفا من أصناف الملكية العقارية في

الجزائر قائما بذاته كالوقف؟ وما هي أهم أساليب استغلال واستثمار وتنمية الوقف في الجزائر. لذلك فإن مهمتنا في هذا البحث، هي محاولة الوصول إلى معرفة القواعد العامة والمحاور الرئيسية التي انتظمت من خلالها عملية التكوين القانوني والتاريخي لنظام الوقف في الجزائر، مع بيان أهم الإشكاليات التي عاناها، وذلك بهدف استخلاص الدرس من التجربة الجزائرية في هذا المجال والسعي إلى تجديد حيوية الوقف المعاصر، وتفعيل ما يمكن تفعيله من مكوناته الموروثة على النحو الذي يخدم نهضته وتقدمه.

وتجدر الإشارة هنا إلى أننا نقصر بنظام الوقف في التشريع الجزائري، كل التجربة التي حملها المشرع الجزائري من تطبيقات عملية وممارسات اجتماعية إيجابية وسلبية، واجتهادات فقهية وفتوى شرعية وأحكام قضائية وأبنية مؤسسة وممتلكات وأموال موقوفة وأنظمة إدارية وتشريعات قانونية وتقاليد وظيفية شكلت في محملها الإرث التشريعي والتاريخي لنظام الوقف في الجزائر.



الفصل الأول

ماهية الوقف وتطوره في التشريع الجزائري

المبحث الأول: ماهية الوقف في التشريع الجزائري.

إنه كما سبق ذكره بأن الوقف نظام قديم، عرفته نظم وشرائع سابقة على الإسلام، وإن لم يسم بهذا الاسم.

ففكرة الوقف وجدت أشباها لها في النظم القديمة والشرائع السابقة[1]، لكن في الإسلام وضع النظام في سياق مستقل بقواعده ومصادره، ليحاول المشرع بعد ذلك وضع إطار قانوني يحكم الوقف، على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية، إذ أخذ منها ضمنيا، ونص في كثير من الأحيان على ضرورة الرجوع إلى أحكام الشريعة صراحة فيما لا نص فيه[2]، لذلك نجد أغلب المواد القانونية المنظمة للوقف تمتزج برأي فقهي معين امتزاجا يصعب فصل رأي المشرع عن رأي الفقه.

والذي يهمنا بالدراسة في هذا الفصل بالأخص في المبحث الأول منه هو ماهية الوقف في التشريع الجزائري من خلال تعريفه وبيان أنواعه، وشروطه والأركان التي يقوم عليها، والخصائص التي تميزه، ووسائل إثباته، عبر المطالب التالية:

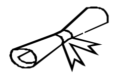
المطلب الأول: تعريف الوقف وأنواعه.

للوقف عدة مرادفات له، منها الحبس والمنع والتسبيل، وهي مرادفات كثيرا ما تثبت في تعريفه اللغوي والاصطلاحي، والوقف له صور يتجسد من خلالها، فالوقف إما خاص او ما يعرف بالأهلي أو الذري، وإما عام أو ما يعرف بالخيري.

---

[1] أنظر: محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة2، 1971، ص7.

[2] أنظر: القانون رقم 10/91 المؤرخ في: 27 أفريل 1991، المتعلق بالأوقاف، المادة 02 منه.




لذلك سوف نتطرق في هذا المطلب إلى تعريف الوقف من الناحية اللغوية والاصطلاحية في الفرع الأول، ثم تبيان أنواعه من خلال الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف الوقف.

لغة: يقال الحبس والمنع، فيقال وقفت الدار أي حبستها، كما أن الوقف قد يدل على الكثير من المعاني منها: الحبس والمنع والتسبيل، وهي المعاني التي ينعقد بها الوقف دون غيرها، ولها معنى واحد وهو الحبس عن التصرف.

فيقال: وقفت كذا .. أي حبسته، ولا يقال: أوقفته .. لأنها لغة رديئة يلفظها العامة ويقال أحبس وليس حبس، فالأولى فصيحة والثانية رديئة[1].

وأما في الاصطلاح القانوني فنجد أن الوقف عرفته نصوص قانونية عديدة منها: قانون الأسرة الجزائري وقانون التوجيه العقاري وقانون الأوقاف.

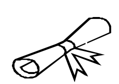
فلقد عرف المشرع الجزائري الوقف في قانون الأسرة الجزائري رقم **11/84** المؤرخ في: **09** جوان **1984**، في المادة **213** بقوله: "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصديق".

ليأتي بعد ذلك تعريف الوقف من خلال القانون رقم **25/90** المؤرخ في: **18** نوفمبر **1990** المتضمن قانون التوجيه العقاري من خلال المادة 31 بقوله: "الأملاك الوقفية هي العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة، سواء كان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصين الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور".

ثم جاء قانون الأوقاف رقم **10/91** المؤرخ في: **27** أفريل **1991** في المادة **03** بتعريف أعم، إذ نصت على ما يلي: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء، أو على وجه من وجوه البر والخير".

وعن هذه التعريفات التي جاء بها المشرع الجزائري في مواضع مختلفة، يمكن لنا تقديم التوضيحات التالية:

[1] اشتهر إطلاق كلمة الوقف على اسم المفعول وهو الموقوف ويعبر عن الوقف بالحبس.




إن التعريف الذي جاء به قانون الأسرة، خص الوقف بالحبس للمال عامة، عكس قانون التوجيه العقاري الذي حدد الوقف في حبس الأملاك العقارية عن التملك.

في حين يعرفه قانون الأوقاف من خلال حصره في حبس العين عن التملك، وعلينا أن نعود إلى التعريفات الواردة في المذاهب الفقهية، حتى يتضح لنا معرفة كلمة حبس العين وحبس المال.

فالمذهب الحنفي كما جاء في فتح القدير، عرف الوقف كما يلي: "هو حبس العين على حكم ملك الواقف، والتصدق بالمنفعة على جهة الخير"[1].

وحسب هذا التعريف فإن مذهب أبي حنيفة يحدد الحبس في العين، إذ يجعل التصدق بالمنفعة، ولا يلزم زوال الموقوف عن ملك الواقف، وهو ما ترتب عنه إجازة الرجوع عنه أو حتى بيعه[2].

وجعل التصرف الوارد من المحبس على المنفعة العامة لا على العين المحبسة، بدليل أنه جعل كما ذكرنا من الجائز الرجوع عنه، أو حتى بيعه[3].

أما التعريف الثاني فهو للجمهور وهو: "تحبيس مالك، مطلق التصرف في ماله المنتفع به مع بقاء عينه بقطع تصرفه وغيره في رقبته، ويصرف ريعه إلى جهة بر، تقربا إلى الله تعالى" وبناء عليه يخرج المال من ملك الواقف، ويصير حبيسا على حكم ملك الله، ويمتنع على الواقف تصرفه فيه، ويلزم التبرع بريعه على جهة الوقف.

وأما التعريف الثالث فهو للمالكية وهو: "إعطاء المالك منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاؤه في ملك المالك ولو تقديرا".

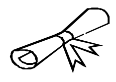
---

[1] أنظر: ابن الهمام كمال الدين، شرح فتح القدير، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت، ص16.

[2] وهبة الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط 2، 1993، ص 153.

[3] وقد استدل أبو حنيفة على رأيه بحديث عن ابن عباس-رضي الله عنه- قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا حبس عن فرائض الله". فالدليل المستنبط من هذا الحديث المروي من الإمام الدارقطني هو: 'لو كان الوقف يخرج المال عن ملك الواقف لكان حبسا عن فرائض الله، لأنه يحول بين الورثة وبين نصيبهم المفروض'.

نقد: لكن هذا الحديث المروي عن رسول الله هو حديث ضعيف، وهو مع ضعفه لا يدل لعى مقصود الإمام لأن المراد به إبطال عادة الجاهلية بقصر الإرث على الذكور الكبار دون الإناث والصغار حتى لو كانوا ذكورا، وأن معظم من كان يحبس للأصنام والأوثان.

أي أن المالك يحبس العين عن أي تصرف تمليكي، ويتبرع بريعها لجهة خيرية، تبرعا لازما، مع بقاء العين على ملك الواقف، مدة معينة من الزمن، فلا يشترط فيه التأبيد[1].

وإنه من خلال استعراض التعاريف الفقهية بعد التعريف القانوني يمكننا القول بلا شك أن المشرع الجزائري قد تبنى رأي جمهور الفقهاء[2] السابق ذكره.

إذ يوافق التعريف الذي ورد في المادة **213** من قانون الأسرة[3]، وفيه ينص صراحة على خروج المال من ملك الواقف، ويصير حبسا على حكم ملك الله تعالى، وهو ما عبر عنه المشرع بالشخصية المعنوية المستقلة عن الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين، وهذا ما سوف نتطرق إليه في دراسة خصائص الوقف لاحقا.

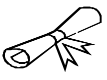
<u>الفرع الثاني</u>: <u>أنواع الوقف</u>.

إنه وحسب الجهة التي يؤول إليها الوقف، قسم المشرع الجزائري الوقف إلى نوعين أو قسمين هما: الوقف الخاص والوقف العام، وهو ما يعرف في دول المشرق العربي والخليج العربي بـ: الوقف الأهلي والوقف الخيري.

لقد تجاهل المشرع الجزائري باقي التقسيمات الأخرى التي اعتمدها الفقهاء وحتى القواعد في باقي الدول العربية والإسلامية الأخرى[4]، حيث قاموا بتقسيمه بحسب المعيار الزمني إلى وقف مؤبد وآخر مؤقت، وقسموه بحسب جهة إدارته إلى: وقف نظامي وملحق ومستقل[5].

---

[1] د. وهبة الزحيلي، مرجع سبق ذكره، ص154.
[2] وهو الصاحبان، وبرأيهما يفتى عند بعض الحنفية وعند الشافعية والحنابلة في الأصح.
[3] وهو القانون رقم 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.
[4] أنظر: في ذلك قانون رقم 84 لسنة 1946 المتعلق بتنظيم الوقف في مصر (وهو اول قانون نظم الوقف في مصر).
[5] زهدي يكن، الوقف في الشريعة الإسلامية، دار النهضة للطباعة والنشر، 1388 هـ، ص09.

وبالرجوع إلى التقسيم الذي اعتمده المشرع الجزائري للأوقاف، نجد بأن هذا التقسيم لم يأت به قانون الأوقاف رقم **10/91** فحسب، بل اعتمد من طرف المرسوم رقم **283/64** المؤرخ في: **17** ديسمبر **1964** بموجب المادة **01** منه إلى وقف خاص ووقف عام.

وها هو قد كرسه المشرع الجزائري من خلال قانون التوجيه العقاري رقم **25/90** المؤرخ في: **18** نوفمبر **1990** وذلك من خلال المادة 31 التي سبق ذكرها في تعريف الوقف.

ثم تأتي بعد ذلك المادة **06** من قانون **10/91** المؤرخ في: **27** أفريل **1991** ليصرح من خلالها المشرع بتمسكه بهذين النوعين: وقفا خاصا وآخر عاما بقوله: "الوقف نوعان: عام وخاص..." وسنتناول توضيح كل نوع على حدا:

<u>القسم1: الوقف العام.</u>

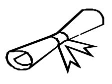
لقد اختلفت التعاريف حول الوقف العام، أو ما يعرف بالخيري، باختلاف المعايير التي اعتمدت كأساس في تعريف الوقف العام، ومن ضمن هذه التعاريف التي رصدناها لبعض الدكاترة وشراح القانون الآتي:

1. " ... هو ما جعل ابتداء على جهة من جهات البر، ولو لمدة معينة، ويكون بعدها على شخص أو أشخاص معينين ..."[1]، وهذا التعريف يعتمد على معيار صفة الخيرية التي تطبع الوقف العام.
2. " .. هو الذي يعود أساسا على المصلحة العامة التي حبس من أجلها، ويتكون من الأوقاف الأهلية التي انقرض عقب محبسها ..."[2] وهذا التعريف يعتمد معيار المصلحة العامة وهو المصطلح الذي استبدل به معيار أو فكرة الخيرية.

أما المشرع الجزائري فقد اعتمد في تعريفه للوقف العام على معيار أو فكرة الخيرية، حيث نص في المادة **06** من قانون الأوقاف رقم **10/91** على أن: " ... الوقف العام ما حبس على جهات خيرية من وقت إنشائه، ويخصص ريعه للمساهمة في سبل الخيرات ...".

---

[1] د. مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، دار الجامعية للطباعة والنشر، ط4، بيروت، 1982، ص318-320.
[2] د.نصر الدين سعيدوني، دراسات في الملكية العقارية، المؤسسة الوطنية للكتاب، ط1، الجزائر، 1986، ص78.



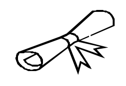

- § قسم عام يحدد فيه الجهة، فلا يصح صرف هذا الريع على غيره من وجوه الخير، إلا إذا استنفد، ومثال ذلك وقف عقار لبناء وتجهيز مدرسة قرآنية، ففي الجهة الوحيدة التي يصرف لها هذا الريع دون غيرها.
- § وقسم لا يعرف فيه جهة الخير التي يقصد بها الواقف، فيكون الوقف غير محدد الجهة وهنا يصرف ريعه في شتى سبل الخيرات، كنشر العلم وتشجيع البحث فيه، وفي سبل الخيرات.

وهو الحل المعتمد من طرف المشرع، وهو المقصود بالمادة **(06)** السالفة الذكر وذلك من خلال الفقرة الثانية منها.

ونظرا لكون المعيار الذي اعتمده المشرع في تقسيم الوقف معيارا مرنا، ومفتوحا على احتمالات لا نهاية لها، أتى المشرع بمعيار آخر يكمل هذا المعيار ويجعله أكثر دقة ووضوحا، وهو معيار لم يعتمده الشراح من قبل، ولا حتى في التشريعات العربية والإسلامية المقارنة، هذا المعيار وهو: معيار التعداد والحصر، حيث قام المشرع بحصر الأوقاف العامة، وذلك من خلال ما جاء في المادة **(08)** من القانون رقم : **10/91** المتعلق بالأوقاف المذكور أعلاه بقولها:

(الأوقاف العامة المصونة هي:

1. الأماكن التي تقام فيها الشعائر الدينية.
2. العقارات أو المنقولات التابعة لهذه الأماكن ، سواء كانت بعيدة عنها.
3. الأموال والعقارات والمنقولات المرفوقة على الجمعيات والمؤسسات والمشاريع الدينية.
4. الأملاك العقارية المعلومة وفقا والمسجلة لدى المحاكم.
5. الأملاك التي تظهر تدريجيا بناء على وثائق رسمية، أو شهادات أشخاص عدول من الأهالي وسكان المنطقة التي يقع فيها العقار.
6. الأوقاف الثابتة بعقود شرعية، وضمت إلى أملاك الدولة، أو الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين.



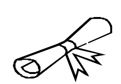

7. الأوقاف الخاصة التي لم تعرف الجهة المحبس عليها.
8. كل الأملاك التي آلت إلى الأوقاف العامة ولم يعرف واقفها، ولا الموقوف عليها، ومتع عليها أنها وقف.
9. الأملاك والعقارات والمنقولات الموقوفة أو المعلومة وقفا، والموجودة خارج الوطن تحدد عند الضرورة كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم.).
10. لقد لجأ المشرع إلى تعداد الأملاك الوقفية العامة، إضافة إلى ما سبق وأن اعتمده من قبل من معيار في تحديد مفهوم الوقف العام.

عن ذلك التعداد الوارد في المادة (08) من قانون الأوقاف رقم: 10/91 ، تعدادا يحسب الجهات التي اعتاد الناس وقف أملاكهم عليها، ولكن أغفلت هذه المادة تعدادها بحسب النشاطات التي ترصد لأجلها، والملاحظ هو أن مفهوم الأوقاف العامة يرمي إلى محتوى واسع، أوسع مما احتوته المجموعة المذكورة في هذه المادة، ولقد انتبه المشرع بعد مرور سبع سنوات من صدور قانون الأوقاف، إلى قصور هذه المادة عن جمع كل أنواع الأوقاف العامة، فحاول بعدها ضم أنواع أخرى وصور شتى، تندرج ضمن الوقف العام عددتها المادة (06) من المرسوم التنفيذي رقم: 98- 381 المؤرخ في : 01 ديسمبر 1998 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها و حمايتها وكيفيات ذلك، وهي كالآتي:

<u>المادة (06)</u>: (في إطار أحكام المادة (08) من القانون رقم: 10/91 المؤرخ في: 1991/04/27 المذكور أعلاه ، تعتبر من الأوقاف العامة:

- الأملاك التي اشتراها أشخاص طبيعيون أو معنويون باسمهم الشخصي لفائدة الوقف.
- الأملاك التي وقفت بعدما اشتريت بأموال جماعة من المحسنين.
- الأملاك التي وقع الاكتتاب عليها في وسط هذه الجماعة.
- الأملاك التي خصصت للمشاريع الدينية.)

وهو ما يؤكد عدم حصرية التعداد الوارد في قانون الأوقاف باعتبار المشرع عدد أصنافا أخرى، إلا أنه ومهما حرص المشرع على حصرها فإنه

لن يجمع ويحصر جميع صور الأوقاف العامة لتنوع النشاطات التي أسهم الوقف من خلال عائداته في معالجة سلبيات وهموم المجتمع الكثيرة.

مما يؤكد نجاعة المعايير التي تمت الإشارة إليها سابقا، والتي أهملها المشرع وهي: المعيار الزمني، وكذا المعيار المعتمد على جهة إدارته أو جهة صرفه، ذلك أننا نجد أوقافا تصرف إلى منافع طبية فتسمى أوقافا صحية، ومنها ما يصرف حتى للجيش أثناء الحروب وهو قليل العثور عليه حاليا، رغم أن الجزائر خرجت من حرب تحريرية ساهمت الأوقاف وعائداتها كثيرا في تمويلها، وغيرها من التقسيمات الداخلية للأوقاف العامة، إذ أن التخصيص الوظيفي للأملاك الوقفية العامة لا يتعارض مع المعايير المعتمدة سابقا، بل يكملها بتمييز الوظائف والأغراض التي تنشأ من اجلها الأملاك.

إذن فإن التقسيمات الداخلية للأملاك الوقفية العامة هي تقسيمات عملية.

كما أنه ومن خلال استقراء نص المادة **08** من قانون الأوقاف نجد عبارة مستحدثة من قبل المشرع، لم يتطرق إليها بالتوضيح، ولم يتناولها الشراح بالبيان، وهي عبارة: "الأوقاف العامة المصونة"، فما هو مقصود المشرع بكلمة "مصونة"؟

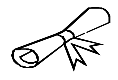
لغة : يقال صان – يصون – صونا وصيانة. والصيانة تعني: الوقاية والحفظ[1].

اصطلاحا : أما الاصطلاح القانوني: فمفاده أن المشرع الجزائري استخدم عبارة (الصيانة) بمعنى: الإشراف الدائم على المنشآت والأبنية والتجهيزات الموقوفة. وتتمحور الصيانة في اصطلاحها وتعهدها بكل ما يؤمن حسن استخدامها، وتسمى بأعمال الصيانة[2].

ولكن التحليل القانوني لهذه العبارة، يفيد جزما بأن المشرع عدد صورا من الأوقاف العامة في المجموعة المذكورة آنفا، بغرض تقرير المشرع وتأكيده على أنها تحظى بصيانة الدولة لها، وتعهدها بالحفظ والوقاية والرعاية الدائمة، وبالمفهوم المقابل أو العكس فإن ما عدا تلك الأنواع

---

[1] سهيل حسيب سماحة: معجم الحي، مكتبة سمير، ط1، 1984، ص355.
[2] إبراهيم نجار: القاموس القانوني، مكتبة لبنان، ط2، 1988، ص84، وانظر معجم مجاني الطالب، دار المجاني ش.م.ل، بيروت، ط4، 1998، ص560.




المذكورة، فلن يحظى غيرها بالصيانة ولا بالوقاية، من الإدارة المكلفة بالأوقاف ولا من الدولة عموما، بمعنى ترك باقي الأوقاف الأخرى لصيانة الجهة الموقوف عليها. الشيء الذي يتنافى ومقتضى دور الإدارة المكلفة بشؤون الوقف في الجزائر، وهي الجهة المؤهلة بقبول الأوقاف، والمكلفة بالسهر على تسييرها وحمايتها[1]، والتي يحق لها عند الاقتضاء الإشراف حتى على الأوقاف الخاصة وترقيتها.

فكيف الحال إذا كانت أوقافا عامة، مما يفيد وانه لا جدوى من ذلك التمييز بين أنواع وأصناف الوقف العام، أو التمييز بينهما وبين الوقف الخاص.

بل إن الأخطر من ذلك هو ما يقابل هذا النص العربي من نص يقابله باللغة الفرنسية حيث جاءت تلك العبارة على النحو التالي: " Art.8 – Les Wakf publics protégés par la loi sont….. "[2] فالنص بالفرنسية يتحدث عن "الأوقاف العامة المحمية بالقانون ..." مما يفيد أن هناك أوقافا يحميها القانون وأخرى لا تحظى بنفس الحماية، إن لم نقل لا تحظى بها مطلقا، بحسب ما جاء في ترجمة النص. مما يجعل المادة الثامنة تفرض علينا التساؤلات التالية: هل بقية الأوقاف لا تحظى بالصيانة بالنظر إلى النص العربي، أم أنها لا تحظى بحماية القانون بالنظر إلى النص باللغة الفرنسية؟

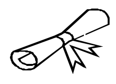
علما أن كلاهما إجحاف في حق بقية التصنيفات الأخرى حتى تلك التي تندرج تحت الأوقاف العامة، والتي مهما عدد المشرع أصنافها فإنه لن يحصيها كاملة.

وبذلك فإنه لا يوجد أي مبرر يجعل المشرع يبسط حماية القانون على حقوق دون أخرى ولا أملاك دون أخرى، ذلك أن الأوقاف على عمومها ومهما كان نوعها، قد قرر المشرع لها الحماية الدستورية والقانونية، ومن حماية خاصة انفردت الأوقاف بها سواء كانت خاصة أم عامة[3].

وهو الأمر الذي يجعلنا نفسر ذلك، وفقا لنية المشرع المتجسدة في النصوص الأخرى، وبالتالي يكون موقف المشرع، هو أنه يفاضل بين أنواع

---

[1] المادة 36 من قانون 10/91 المؤرخ في: 1991/04/27 المتعلق بالأوقاف.
[2] Journal Officiel de la République Algérienne N° 21 du 08 Mai 1991, P574.
[3] أنظر في هذه الدارسة فرع: خصائص الوقف، قسم: حماية الأوقاف، منها.




الأوقاف في الرعاية والوقاية وهي مطلق الصيانة، ولكنه لا يحرم نهائيا نوعا دون آخر من تلك الصيانة إذا اقتضى الحال ذلك.

كما أنه لا يرفع الحماية القانونية عن أي نوع من أنواع الوقف، وإلا صار عرضة للانتهاك من طرف الأفراد والمؤسسات، وهو الأمر الذي يتنافى جملة وتفصيلا مع التشريع العقاري عموما والتشريع الوقفي خصوصا، وهو انتقاد في محله، ذلك أن فكرة المفاضلة بين النوعين من الوقف في الحماية والصيانة، يؤكده موقف المشرع الذي أعلنه بتاريخ : **14** ديسمبر **2002**، حينما وضع القانون رقم **10/02** المعدل والمتمم للقانون رقم **10/91** المتعلق بالأوقاف، حيث جعل من قانون الأوقاف لا يخاطب بأحكامه سوى الأوقاف العامة، حيث نص في المادة الثانية منه على أنه: "تعدل وتتمم المادة الأولى من القانون رقم **10/91** المؤرخ في: **27** أفريل سنة **1991** المعدل والمتمم، والمذكور أعلاه، وتحرر كما يلي:

المادة الأولى: يحدد هذا القانون القواعد العامة لتنظيم الأملاك الوقفية العامة وتسييرها وحفظها وحمايتها والشروط والكيفيات المتعلقة باستغلالها واستثمارها وتنميتها" مما يفيد أن المشرع قد رفع عن الوقف الخاص تلك الحصانة التي كان قد بسطها عليه بموجب القانون القديم.

<u>القسم2</u> : <u>الوقف الخاص</u>.

إنه وبعد التطرق بالدراسة والتحليل للوقف العام، فإنه من خلال هذا القسم سوف نتناول النوع الثاني من الوقف، وأهم نوع في ذات الوقت وهو: "الوقف الخاص". نظرا لكونه قد أثار هذا النوع بالذات زوبعة من الخلاف بين الفقهاء، ومحط دراسة نقدية مستمرة من طرف القوانين المقارنة في شتى البلدان الإسلامية.

وعند الكلام في هذا النوع نذكر مفهوم الوقف الخاص ومدى مشروعيته.

<u>مفهوم الوقف الخاص:</u>

الوقف الخاص هو كل ما رصد الواقف استحقاقه وريعه على ذريته وأولاده من الذكور والإناث، أو على أشخاص يختارهم الواقف بإرادته، ثم إلى الجهة التي يؤول إليها بعد انقطاع الموقوف عليهم.

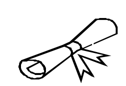
 

ولقد نص المشرع في أول تشريع وقفي في الجزائر المستقلة من خلال المرسوم رقم **283/64** المؤرخ في: **1964/09/17** المتضمن نظام الأملاك الحبسية العامة، حيث جاء في المادة **01** منه أن: "تنقسم الأملاك الحبسية أو الموقوفة إلى قسمين: الأحباس العمومية والأحباس الخاصة ..." ثم أشار إلى مشتملات الوقف الخاص في الفقرة الأخيرة من هذه المادة بقوله: " ... أما الأحباس الخاصة، فتشتمل أملاكا يخصص المحبس منعتها لمستحقين معينين، وعند انقراضهم تضم إلى عموم الأوقاف" ثم ضبط المشرع تعريفه أكثر من خلال قانون الأوقاف رقم **10/91** المؤرخ في: **27** أفريل **1991** في المادة **2/6** بقوله: " ... الوقف الخاص هو ما يحبسه الواقف على عقبه من الذكور والإناث أو على أشخاص معينين، ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم".

فالوقف الخاص هو ما يحبسه الشخص "الواقف" على أشخاص معينين بصفاتهم، عادة لا بأسمائهم، كان يقول: "على أعقابي وأعقاب أعقابي من الورثة، إلى أن يرث الله الأرض وما عليها" أو يقول: "وقفت إِرضي هذه على ولدي"، او قوله: "على ولدي وولد ولدي" او قوله: "على أولادي".

وفي جميع عقود الحبس التي اطلعنا عليها كان المحبس يقرر في الأخير أنها تؤول إلى مكة المكرمة أو بيت الله الحرام. ويقصد بذلك انها تؤول إلى الأعمال الخيرية هناك في سبيل الله، إذا انقرض كل من أوقف عليهم من الأشخاص الطبيعيين، هذا النوع من الأملاك الوقفية مع تميزه، ظل قائما ومتناميا ومحترما منذ الفتح الإسلامي وإلى غاية اليوم، ذلك ان الجزائر لا تزال تعمل به إلى يومنا الحاضر، عكس دول كثيرة من البلدان الإسلامية التي ألغته لأسباب واعتبارات نتناولها بالدراسة في العنصر اللاحق المتضمن مشروعية الوقف.

إن المشرع يستعمل دائما مصطلح الوقف الخاص للإشارة إلى هذا النوع من الأوقاف خلافا للتسهيلات الأخرى التي يعرف بها في البلدان العربية الأخرى، حيث يطلق عليه "الوقف الأهلي" في مصر، ويسمى بالوقف "الذري" عند أهل الشام كسوريا ولبنان، غير أن هذه البلدان تعرف الوقف الذري أي الخاص معتمدة دائما على الجهة الأولى في الابتداء، فيعرفون الوقف الخاص بأنه:




" هو الذي يوقف في ابتداء المر على نفس الواقف، أو على أي شخص أو أشخاص معينين، ولو جعل آخره لجهة خيرية، كان يوقف على نفسه ثم على أولاده ثم من بعدهم على جهة خيرية"[1] فمن الضروري أن تكون هذه الجهة التي آل إليها الوقف، أن تكون قد آل إليها ابتداء، وهي الصيغة التي تجاهلها المشرع الجزائري تماما، خلال تعريفه للوقف الخاص في المادة **06** من قانون الأوقاف، وهي الصيغة التي تبناها كل الفقهاء والشراح في تعريفهم له، حيث عرفه الدكتور مصطفى شلبي بأنه: "هو ما جعل لأول مرة على معين، سواء كان واحدا أو أكثر، وسواء كانوا معينين بالذات معينين بالوصف سواء كانوا أقارب أم لا، ثم بعد هؤلاء المعينين على جهة البر"، ذلك أن مدار التفرقة بين الوقف العام والوقف الخاص هو الجهة الموقوف عليها من أول الأمر أي ابتداء[2].

كما أنه يتضح وأن المشرع الجزائري لم يشر في هذا التعريف إلى الوقف على النفس، هذه السلسلة من سلسلة القوانين المنظمة للوقف، مما جعل الأمر مبهما، وكل جهة تعمل بالرأي الذي تراه مناسبا، فهناك جهات ترى عدم الأخذ بمثل هذا الوقف حارمة بذلك الواقف من إمكانية اشتراط المنفعة لنفسه، وهو الرأي الذي تعمل به حاليا المحافظات العقارية[3]، وهناك جهات أخرى ترى العكس من ذلك، أي جواز الوقف على النفس، ثم من بعده إلى جهة معينة، ويمثل هذا الاتجاه رأي المحكمة العليا في العديد من قراراتها محاولة في كل مرة أن تفصل في الخلاف بين القضاة وتضارب الأحكام في هذا الشأن. التي إن دلت على شيء إنما تدل على الاختلاف والتضارب في وجهات النظر حول هذه المسألة، لم يقتصر على الفقهاء فحسب، بل وصل إلى دواليب القضاء، فكل درجة تقضي بما استقر عليه رأي قاضيها واجتهاده، وإن بلغت هذه الحدة إلى ما وصلت إليه فإن السبب في ذلك يعود كما أسلفنا إلى غموض قانون الأوقاف في هذه المسألة وغيرها، وكون نص المادة **06** جاءت مبهمة[4]، عسى أن يتصدى المشرع مستقبلا إلى هذه المسألة الهامة، التي أدت إلى إحجام الكثيرين عن وقف أملاكهم لهذا السبب، علما أن

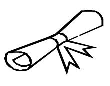
---

[1] د. وهبة الزحيلي: مرجع سبق ذكره، ص161.

[2] ارجع في ذلك: د.مصطفى شلبي: احكام الوصايا والأوقاف، مرجع سبق ذكره، ص318.

[3] أ. شريف بن عقون:مقال حول الوقف في الجزائر، مجلة الموثق، الجزائر، عدد 7، 2002، ص47.

[4] يعتبر موقف المشرع الجزائري الذي أسقط هذه الحالة من تعريف الوقف الخاص، بأنه إشارة صريحة بعدم الأخذ بالوقف على النفس.

المحكمة العليا ظلت تسعى إلى توحيد القضاء والأحكام في هذا الشأن بإجازة هذا الوقف، وصحة الشرط، محاولة التيسير على الناس من جهة، واحتراما منها لإرادة الواقف من جهة أخرى.

ومن اجتهادات المحكمة العليا في هذا الشأن، نورد قرارها الصادر في: **1984/12/13** الذي ينص على صحة الوقف الذي أسسه صاحبه وفقا للمذهب الحنفي والذي يجيز الأخذ بالوقف على النفس.

كما أن المتفحص لنص المادة **2/06** من قانون الأوقاف السالف ذكرها، والتي عرف المشرع من خلالها الوقف الخاص بأنه: "... ما يحبسه الواقف على عقبه من الذكور والإناث".

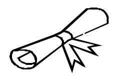
نجد أنه أطلق على الموقوف عليهم مصطلح العقب، في حين قرنه بالذكور والإناث، وهو تعبير يوحي للدارس له بفكرة مذبذبة، ذلك أن لفظ العقب يراد به: الولد وولد الولد أبدا ما تناسلوا من الأولاد الذكور دون الإناث، وعليه فإن أولاد ابن الواقف هم عقد الواقف، كما أن أولاد أولاد ابن الواقف عقبه أيضا، أما بنت الواقف أو أولاد بنت الواقف لا يعتبرون عقب الواقف، ما لم يكن أزواج البنات متوالدين من أولاد الواقف الذكور[1].

وبما أن المشرع الجزائري أراد القول بأن الموقوف عليهم هم من الجنسين على حد السواء ذكورا وإناثا فإن اللفظ الذي يجمع كليهما هو لفظ "الولد" ذلك أن لفظ الولد مأخوذة من الولادة وهي موجودة فيهما، سواء كان ذكرا أو أنثى، واحدا أو متعددين، أو لفظ ""النسل" فهو يتناول الأولاد الصلبية والأحفاد، ويتساوى فيه أولاد البنين وأولاد البنات.

والخالصة أن: كل من كان أبوه من أولاد الواقف الذكور، كان عقبا للواقف، وبالعكس. وزيادة على ذلك فإن استخدام عبارة "العقب" تثير مسألة استحقاق الغلة، هل تكون في حياة الواقف أم بعد وفاته؟

ذلك أن العقب إذا اشترطت له الغلة، فإنه لا يستحقها إلا بعد وفاة الواقف، لأنه لا يعد عقبا له إلا بعد وفاته، فإذا قال الواقف :"وقفت داري على زيد وعلى عقب زيد"، وكان زيد هو وأولاده لا يزالون على قيد الحياة، استحق زيد الغلة وحده ولا تعطى الغلة لأولاده إلا بعد وفاته، وهو حكم العقب. لذلك كان لزاما على المسرع أن يأخذ بهذه الاعتبارات في سياق هذه

[1] أنظر: محمد أبو زهرة: مرجع سبق ذكره، ص 188، وانظر زهي يكن، مرجع سبق ذكره، ص267.

المادة، التي يتجلى من خلالها ومن خلال غيرها من المواد موقف المشرع الجزائري من مختلف المسائل التي يطرحها نظام الوقف في المجتمع.

لكن الواقع أثبت لنا بأن نية المشرع لم تتجه لحل هذه المسائل وإنما زادتها تعقيدا، ذلك أنه بالرغم من أن الوقف الخاص لم يحظى إلا بمواد قليلة جدا تعالج بعض زواياه، إلا أن المشرع قد أتى على تلك القلة فألغاها تماما من قانون الأوقاف رق **10/91** حيث أن في تعديل له سنة **2002** بموجب القانون رقم **10/02** السالف ذكره، ألغى بموجبه الفقرة الثانية من المادة **06** السالف ذكرها والمتعلقة بالوقف الخاص، كما ألغى بقية المواد الأخرى المتعلقة بتنظيم الوقف الخاص تماما من قانون الأوقاف رقم **10/91** السالف الذكر، ليحيل مسألة تنظيمه إلى "الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها" وهي العبارة الواردة في المادة **01** من القانون **10/91** بعد تعديلها سنة **2002**، علما أنه لا يوجد حاليا تشريعا خاصا بالوقف الخاص، حتى يلجأ إليه عند الحاجة، وهو موقف يدل على تراجع المشرع الضمني تدريجيا عن التمسك بالوقف الخاص، وترك إدارته لأطراف وفقا لشروط الواقف مهما كانت..

<u>مشروعية الوقف الخاص:</u>

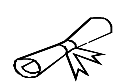
هناك العديد من فقهاء الشريعة، وحتى فقهاء القانون من يقرون بعدم شرعية الوقف الخاص، معتبرين بأن فيه مخالفات لتعاليم الدين الإسلامي، خاصة إذا تعلق بعقبه الذكور فقد، حيث اعتبروه حرمانا للورثة خاصة الإناث منهم من حقهم في الإرث، ويقول بعضهم أن تعدد العقب في الوقف، من ذكور وإناث سوف يجعل لا محالة نصيب المستحقين له ضئيلا، وهذا ما يؤدي إلى إهماله، كما استدلوا في ذلك بأن إجازة الوقف تعني خروج الموقوف عن الملك الواقف لا إلى مللك أحد، وهذا يعني أنه سائبة، ولا سائبة في الإسلام.

وقالوا أيضا: إن الوقف هو التصدق بمصلحة مستقبلة، وهي معدومة وقت الإيجاب ، وتمليك المعدوم [1] لا يصح، لأنه لا محل وقت العقد يرد عليه التمليك والتملك وهذا باطل.

ويرد على هذه الأقوال بأن: النص يعلو فوق القواعد، وهو حجة عليها، وبأن خروج الملوك إلى غير مالك، أمر قد يقره الشرع كما أقره في العتق.

---

[1] الأصح

زيادة على ذلك أنه لا يجوز قياس عقود التبرعات على عقود المعاوضات في منع التعاقد على المعدوم، وعلى فرض صحة القياس، فهو قياس فاسد لأنه اجتهاد في مقابلة النص، لا يجوز الاعتداد به، زيادة على ذلك أنهم قاسوا الوقف على غيره من عقود التبرع، وهو قياس خاطئ لعدم تكافؤ العقدين، ذلك أن العقود التبرعية الأخرى كالهبة والوصية، عقود ناقلة للملكية، في حين أن الوقف لا ينقل الملكية أبدا لأي شخص، بل هو حبس للرقبة وتسبيل للمنفعة، مما يتعين معه رد تلك الأدلة واستبعادها.

لا خلاف بين جمهور الأئمة أن الوقف سواء كان خاصا أو عاما، فإنه مشروع لأنه عمل من أعمال البر، ووسيلة من وسائل التقرب إلى الله عز وجل.

وقد دلت على مشروعيته الأحاديث الكثيرة منها:

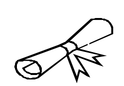
حديث ابن عمر: "أن عمر أصاب أرضا من أرض خيبر فقال: يا رسول الله، أصبت أرضا بخيبر، ولم أصب مالا قط أنفس عندي، فما تأمرني؟ فقال: "إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها"، فتصدق بها عمر، أن لا تباع ولا توهب ولا تورث، في الفقراء وذوي القربى، والرقاب والضيف، وابن السبيل، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، ويطعم غير متمول." ... (أي غير متخذ منها ملكا).

قال ابن حجر في الفتح: "وحديث عمر هذا أصل في مشروعية الوقف".

فهذا الحديث يدل على أن الوقف لازم بنوعيه، الخيري والأهلي، أو الخاص والعام، لأن عمر رضي الله عنه، جعل من مصارفه لذوي القربى.

كذلك ورد في البخاري أن أنسا رضي الله عنه، وقف دارا له وكان إذا قدم نزلها، وأن الزبير تصدق بدوره وقال: "للمردودة من بناته أن تسكن غير مضرة ولا مضار بها، فإن استغنت بزوج فليس لها حق، وجعل ابن عمر نصيبه من دار عمر سكني لذوي الحاجات من آل عبد الله.

وفي المدونة في فقه مالك: أن عثمان ابن عفان، و الزبير ابن العوام، وطلحة ابن عبيد الله التميمي، حبسوا دورهم، وأن الزبير قال في وقفه: على بني: لا تباع ولا تورث، وان للمردود من بناته أن تسكن غير مضرة ولا مضار بها. وأن عبد الله ابن عمر، وزيد بن ثابت، حبسا على أولادهما بدورهما، وأنهما سكنا في بعضهما.

وروي في كثير من الأحاديث أن النبي صلى الله عليه وسلم، وقف وتصدق بسبع حوائط "بساتين" معروفة لأسمائها بالمدينة بعد قفوله من غزوة أحد.

وروي عن السيدة عائشة رضي الله عنها أنها وقفت دارا اشترتها، وكتبت في شرائها: "إني اشتريت دارا، وجعلتها لما اشتريتها له، فمنها مسكن لفلان ولعقبه ما بقي بعد إنسان، ومسكن لفلان، وليس فيه لعقبه، ثم يرد إلى آل أبي بكر".

وهذا رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "صدقتك على غير رحمك صدقة، وصدقتك على رحمك وصلة".

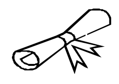
وقوله كذلك: "إنك تترك ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس".

فهذه الأحاديث والآثار هي قل من كثير، تدل على مشروعية ا لو قف بنوعيه، وأنه لا ينفي مشروعية الوقف الخاص دون العام، كما ذهب الكثيرون من الفقهاء، بل وحتى القوانين التي أخذت عنهم، فتنكرت لهذا النوع بالذات، رغم أنه وسيلة من وسائل القربى من الله، وباب من أبواب الخير والمثوبة.

وهي أدلة كافية للرد على بعض الباحثين الذين يدعون ان الوقف الخاص "الأهلي" لم يكن مشروطا في صدر الإسلام، وإنما أحدثه الفقهاء المتأخرون، ترغيبا للناس في وقف أموالهم[1]. ورغم ذلك فقد تم إلغاء الوقف الخاص "الذري" في العديد من الدول العربية والإسلامية، منها: تونس وليبيا ومصر وسوريا وحتى في تركيا[2]، حيث أصدرت هذه الدول قوانين تقضي بإلغاء الوقف على غير الخيرات "أي ما عدا الوقف العام" وبموجب تلك القوانين تمت تصفية جميع الأوقاف الخاصة، ونصت على أيلولة الأعيان الموقوفة التي انتهى فيها الوقف فتؤول إلى الواقف إذا كان حيا وكان له حق الرجوع في الوقف، أو تؤول إلى المستحقين كل بقدر حصته.

[1] أنظر: أحمد محمود الشافعي: الوصية والوقف في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية ، بيروت، 2000، ص158.

[2] ألأغي الوقف الخاص في تونس بموجب أمر مؤرخ في: 1957/07/18، وألغي في ليبيا بموجب القانون رقم 16 لسنة 1973، وألغي في سوريا بقانون مؤرخ في سنة 1936، وألغي في مصر بالقانون رقم 180 لسنة 1952.




ومنعت هذه القوانين إنشاء مثل هذا الوقف مستقبلا[1]، والملاحظ أن إلغاء الوقف الخاص ومنع إقامته مستقبلا أسهم إلى حد كبير في الإحجام عن الوقف في تلك البلدان، وأصبح يقتصر نشاط الهيئات القائمة على الأوقاف فيها على إدارة المساجد والزوايا الإسلامية والمدارس القرآنية وتنمية النوع المتبقي من الأوقاف وهي الأوقاف العامة، هذا هو الحال في الدول الإسلامية التي ألغت الوقف الخاص وأبقت على الوقف العام، ما بالك بدول لم تبق أي نوع منه، فباتت خالية من أي نظام للأوقاف، وهو الحال المذهل والذي ربما لم يثره الباحثون من قبل كنموذج للدراسة رغم أهميته وخطورته في آن واحد. إن هذا النموذج يتجسد في دولة عربية إسلامية شقيقة، بل تشارك بلادنا حدودها وهي "تونس" التي وبعد استقلالها مباشرة قامت بدمج الأوقاف في ميزانية الدولة وخزانتها، ووقع إلغاء وحل نظام الأحباس فيها على مرحلتين:

الأولى: بالأمر المؤرخ في: **31** ماي **1956** [2]، وبموجب ذلك ألغي الوقف العام الذي تم إنشاؤه من يوم صدور هذا الأمر، وحجر كل تحبيس عام أو لفائدة إحدى الزوايا في المستقبل، ودمج كل ملك ذو طابع وقف عمومي في ملك الدولة، وأسندت إدارته لمصلحة أملاكها ، كما أسند للدولة إدارة ما كانت جمعية الأوقاف السابقة متعهدة به من نظر في بعض الأوقاف الخاصة.

وفي المرحلة الثانية أي بعد سنة تقريبا، وقع إلغاء الأحباس الخاصة بمقتضى أر مؤرخ في: **18** جويلية **1957** [3]، وبذلك أصبحت تونس خالية تماما من أي نظام قانوني للأوقاف[4].

لقد كانت هذه نماذج من دول ألغت الوقف صراحة، في نصوص قانونية صريحة، غير أن هناك دول أخرى ألأغته ضمنيا مثل المغرب، حيث نجد أنها ام تنص صراحة على إلغائه ولكنها ألغته ضمنيا. حيث أجازت لمن أقام

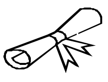
---

[1] أنظر: يحي بن محمد الرعيتي، شرح ألفاظ الواقفين والقسمة على المستحقين، تقديم وتحقيق جمعة محمود الزريقي، طرابلس، كلية الدعوة الإسلامية، 1995، ص25.

[2] موسوعة التشريعات العربية، الرائد الرسمي، عدد 04، الصادر في: 1956/06/01، تونس، أنظر المادة 02 والمادة 03 من الأمر المؤرخ في: 31 ماي 1956.

[3] أنظر: الفصل 01 و 02 والفصل 05 من الباب الثاني، والفصل 12 من الباب الثالث، من الأمر المؤرخ في: 67/07/18 المتعلق بنظام بنظام إلغاء الحبس الخاص في تونس، الرائد الرسمي، عدد 58، الصادرة في: 1957/07/19.

[4] مركز دراسات الوحدة العربية، نظام الوقف والمجتمع المدني في الوطن العربي، ط01، 2003، ص.




حبسا معقبا أو ذريا "خاص" أن يتراجع عنه بالإشهار العدلي، على أن يقتصر الرجوع على القسم المتعلق بالوقف الخاص فقط دون العام.

بل وقررت انه يمكن تصفية الوقف الخاص بمبادرة من السلطة المكلفة بشؤون الوقف إذا تبين أن المصلحة العامة أو مصلحة المستفيدين تستوجب ذلك[1].

وهكذا نجد بأن الجزائر هي الدولة الوحيدة في المغرب العربي، ومن ضمن دول قليلة جدا في الوطن العربي والإسلامي عامة، التي حافظت على الوقف بنوعيه، وأعادت نظام الوقف إلى وضعه الطبيعي في دار الإسلام.

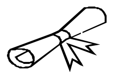
وبصدور تلك المجموعة من التشريعات في الجزائر استعاد الوقف مكانته الطبيعية ليسهل في رسالته، والتي يظهر فيها مساهمة الفرد في التكفل الاجتماعي وبإقامة الشعائر الدينية والمحافظة عليها، لأن الأحكام ا لفرعية للوقف محل اجتهاد الفقهاء المسلمين في كل زمان ومكان، ويكفي في هذا النظام أنه أبرز الشخصية الاعتبارية للوقف، وحافظ على الوقف الخاص، حيث نص المشرع صراحة من خلال المرسوم رقم: **283/64** المؤرخ في: **17** سبتمبر **1964**، المتضمن نظام الأملاك الحبسية العامة، حيث أكد على إبقاء العمل بالوقف بنوعيه: العام والخاص، بموجب المادة **01** منه والتي نصت على أنه: "تنقسم الأملاك الحبسية أو الموقوفة إلى قسمين الأحباس العمومية والأحباس الخاصة – المعقبة-".

ليثني المشرع بالتأكيد عليه مرة ثانية من خلال القانون رقم **10/91** المؤرخ في: **1991/04/27** المتعلق بالأوقاف، حيث تنص المادة **2/06** على تعريف شامل للوقف الخاص ومستحقيه، كما أن المشرع الجزائري وفي تنظيمه للوقف الخاص، أكد على إمكانية تحول الوقف من خاص إلى عام وذلك في الحالة المنصوص عليها في المادة **07**، وهي حالة رفض الموقوف عليهم لذلك الوقف.

ورغم التعديلات التي طرأت على قانون الأوقاف هذا، إلا أن الوقف الخاص ظل معترفا به ولم يتم إلغاؤه كما روج البعض عنه، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة **02** من القانون رقم **10/02**.الأمر المؤرخ في: **2002/12/14** [2] الذي يعدل

---

[1] قانون الأوقاف المغربي،
[2] نشر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 83، الصادرة بتاريخ: 15 ديسمبر 2002.




ويتمم القانون رقم **10/91** المتعلق بالأوقاف أنه: "يخضع الوقف الخاص للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها"

كما قد يكون الوقف الواحد يجمع ما بين النوعين: العام والخاص معا، كما في أحباس الزوايا التي يكون مصرفها عائدا في آن واحد للأغراض ذات المصلحة العامة ولفائدة أشخاص معنيين ولذريتهم، وهي تعرف في القوانين المقارنة بـ: الأحباس المشتركة.

وإن كان المشرع الجزائري قد أبقى بذلك على الوقف الخاص على سبيل الجواز في يد الواقف دون أن يضبطه بشرط عدم جواز تفضيل الذكور على الإناث، أو الإضرار بالورثة بصفة عامة، ذلك أنه خلافا للقواعد الإجبارية الجارية على المواريث، تخضع أيلولة الحبس مبدئيا إرادة المحبس، ولقد صدرت العديد من القرارات القضائية في هذا الشأن حددت وجهة نظر المحكمة العليا، وموقفها من العديد من هذه المسائل المطروحة وغيرها، حيث نصت في العديد منها على ضرورة احترام إرادة الواقف ومنه:

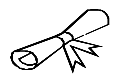
القرار المؤرخ في: **1986/05/05**، الذي قضى بصحة وقف يخرج الإناث بشرط أن يجعل لهن عند الاحتياج حق استغلاله، ومن ثمة ألزم هذا القرار القضاة بالالتزام بأحكامه[1]، مما يبرز أهمية نظام الأوقاف في الجزائر، ومدى احترامها، من خلال تنفيذ إرادة الواقف بكل أمانة متى كان مؤسسه قد بناه على قواعد فقهية ثابتة، ولا يعاب عليه اختيار المذهب في ذلك، ولا إخراج من شاء من المحبس عليهم متى احتفظ لنفسه بهذا الحق[2].

غير أنه ورغم الإبقاء على الوقف الخاص إلا أنه همش تماما في الآونة الأخيرة من طرف المشرع، حيث ألغى في تعديله الأخير الصادر في: **14** ديسمبر **2002** من قانون الأوقاف رقم **10/91** جميع المواد التي تنظم شؤون الوقف الخاص، وفي انتظار تشريع خاص به يبقى الوقف الخاص تحكمه شروط الواقف التي وضعها في حجة الوقف ذاته مهما كانت هذه الشروط، وما يؤكد هذا الأمر هو ما جاء في نص المادة **06** من التعديل الوارد في القانون رقم **10/02** المؤرخ في: **14** ديسمبر **2002** والتي تنص على أنه: "تلغى

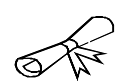
---

[1] قرار رقم 4110 مؤرخ في: 1986/05/05 غير منشور- والقرار المؤرخ في: 1968/11/06 النشرة السنوية- 1968، ص124.

[2] قرار رقم: 42971، مؤرخ في: 1986/05/05 غير منشور.

المـواد: **07-19-22-47** مـن القـانون رقـم **10/91** المـؤرخ فـي: **27** أفريـل **1991** المعدل والمتمم والمذكور أعلاه".




المطلب الثاني: أركان الوقف وشروط نفاذه.

إن إنشاء الوقف كنظام مستقل بقواعده يقتضي قيامه على أسس مشروعة وسليمة حتى تترتب الآثار القانونية عن ذلك التصرف، وهي ما يطلق عليها بالأركان. غير أن المشرع اعتبر الوقف صحيحا متى توافرت الأركان والأسس المنصوص عليها ولكنه اشترط توافر إجراءات لا يرتب الوقف آثاره القانونية من دون تحققها . غير أن هذه الشروط والإجراءات التي وإن كانت إجراءات تقنية لكن العبرة ليست في طبيعتها وإنما في الحكمة من وضعها من قبل المشرع، والغاية التي يرمي إليها من ورائها.

لذلك كان من الضروري التطرق في هذا المطلب إلى الكشف عن الأركان التي يقوم عليها الوقف في نظر المشرع الجزائري في الفرع الأول من هذه الدراسة، ثم التطرق إلى إبراز الشروط التي وضعها المشرع، حتى يرتب الوقف آثاره القانونية من خلال الإجراءات التي نص المشرع على ضرورة الأخذ بها، مع ما يترتب من نتائج عن تخلفها. كل ذلك من خلال ما سوف نتطرق إليه في الفرع الثاني، على النحو التالي:

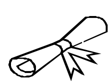
الفرع الأول: أركان الوقف.

الركن هو كل ما يتوقف عليه الشيء ويقوم عليه، وإن للوقف وكغيره من التصرفات الإدارية الأخرى، أركان ينبغي توافرها، فإذا أنشئت وفقا للشروط التي يتطلبها القانون ترتبت على هذا الوقف آثاره القانونية، يضفي عليها القانون القوة الإلزامية التي تشبه إلى حد كبير نفسه، بحيث يصبح أطرافه خاضعين لقوة هذا التصرف وما يرتبه من حقوق والتزامات ما دامت قائمة.

هناك من حصر الوقف في ركن واحد وهو"الصيغة" الدالة عليه أو على إنشائه، وهذا انطلاقا من التفسير الذي أعطى للركن أنه جزء من حقيقة الشيء[1].

وعند غير هؤلاء فهي أربع أركان يقوم عليها الوقف، وما الصيغة إلا ركن من أربعة وهذا الرأي الأخير هو الذي يعبر عن موقف المشرع

[1] وهو الرأي المعمول به في المذهب الحنفي، أنظر في ذلك: محمد كمال الدين إمام، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 1998، ص203.




الجزائري بين هذه الآراء[1]. ذلك أنه وانطلاقا من التفسير القانوني للركن على أنه كل ما يتوقف عليه الشيء، جعل بذلك أركانه أربعة، حيث نص في المادة **09** من قانون **10/91** المتعلق بالأوقاف على ما يلي:

" أركان الوقف هي:

1. الواقف.

2. محل الوقف.

3. صيغة الوقف.

4. الموقوف عليه ...."

سنوضح بالبيان كل ركن من هذه الأركان، وما يستلزمه القانون من شروط حتى يكون هذا الركن قانونيا، من خلال الآتي:

<u>القسم 1</u>: <u>الواقف</u>.

الواقف هو الشخص الذي يصدر منه تصرف قانوني من جانبه، من شانه أن يغير ملكية العقار الموقوف ويجعله غير مملوك لأحد من العباد، وينشئ حقوقا عينية فيه للموقوف عليهم"[2]، ويجعله خاضعا لنظام خاص يقرر القانون قواعده، وتتناول الشريعة الإسلامية أحكامه بكثير من التفصيل.

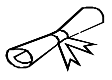
فالواقف إذن ينشئ بإرادته تصرفا قانونيا يجعل ملكيته من بعده غير مملوكة لأحد من العباد، قصد إنشاء حقوق عينية عليها لمن يعينه بإرادته، على اعتبار أن الوقف قربة اختيارية يضعها فيمن يشاء، وبالطريقة التي يختارها.

ومع أن الواقف إرادته في الوقف محترمة إلا أنها مقيدة بأحكام الشارع، التي يفترض في الواقف جملة من الشروط حتى تصرفه ويكون نافذا في حق الغير.

ولقد أتى المشرع الجزائري على ذكر الشروط التي اشترط توافرها فيه من خلال المادة **10** من القانون السالف الذكر، حيث نص على ما يلي:

"يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا ما يأتي:

[1] رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، دار هومة، الجزائر، 2004، ص71.
[2] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، ج9، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص348.

1. أن يكون مالكا للعين المراد وقفها، ملكا مطلقا.
2. أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله، غير محجور عليه لسفه أو دين."

لذلك فإن شروط الواقف في نظر القانون هي:

<u>أولا</u>: <u>أن يكون الواقف مالكا للعين الموقوفة</u>.

لقد اشترط المشرع في الواقف أن تكون ملكيته للعين الموقوفة ملكية مطلقة حيث جاء في نص المادة السالف ذكرها: "أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا".

والجدير بالذكر وبالاهتمام هو مقصود المشرع بعبارة **"<u>ملكا مطلقا</u>"**، إذ لا يعقل أن يكون للمالك من خلالها سلطات على ملكه دون قيد، إذ لم يعد لحق الملكية طابع الإطلاق كما هو معروف،

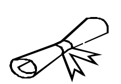
الذي كان يضفي عليها في الماضي، ذلك أنه يمثل وظيفة اجتماعية بقدر ما يعتبر ميزة للمالك[1]، لذلك استوجب على المشرع النظر في هذه الصياغة.

ومن ثمة القول بأن الأصح في مقصود المشرع من هذا الشرط، أنه ينبغي أن تكون العين المراد وقفها مملوكة للواقف **"<u>ملكا تاما</u>"** وهي ملكية يستجمع فيها المالك كل السلطات التي يستطيع أن يباشرها على الشيء الذي يملكه، وهو ملك يخول صاحبه الحصول على جميع المزايا التي يمكن استخلاصها من الشيء وهي سلطات ثلاث: "الاستعمال، والاستغلال والتصرف." ولكن في حدود ما يسمح به القانون، إذ الحرية هي الأصل، وإذا كان هناك قيد فلا يكون إلا بمقتضى نص أو اتفاق.

وعليه ينبغي أن يكون الواقف مالكا للشيء الموقوف **<u>ملكا تاما</u>**، حتى يستطيع التصرف فيه، ذلك أنه إذا لم يكن مالكا، كان وقفه كالعدم، ففاقد

---

[1] ذلك أن القول بالملكية المطلقة يفيد أن: للمالك على الشيء سلطات مطلقة في مقدارها ومزاولتها فهو إطلاق ينطوي على سلطات للمالك كاملة غير منقوصة، ومباشرة لهذه السلطات على النحو الذي يروق للمالك دون قيد، وهو مفهوم كان سائدا في الماضي، وتراجع في وقتنا الحاضر، كونه مفهوم متشبع بالنزعة الفردية، ولقد عدل عنها المشرع الجزائري في تعريفه لحق الملكية في القانون المدني المادة 674. ذلك أن المشرع لا ينظر إلى الملكية على أنها ميزة للفرد بل لها وظيفة اجتماعية، وعليه لم يعد لحق الملكية طابع الإطلاق، حيث أنه أصبحت ترد عليها قيودا يقرها القانون أو بمقتضى الاتفاق.




الشيء لا يعطيه، والعبرة فيه أن من ملك الشيء ملك منفعته، ومن ملك منفعة الشيء فبإمكانه أن يمكن غيره من الانتفاع بذلك الشيء.

غير أن الكثير من رجال القانون من يروا بأنه إذا وقف شخص ما لا يملك على أنه يملكه فالوقف لا يكون باطلا ولكن يتوقف على إجازة المالك، غير أن المشرع الجزائري أعطى لهذه المسألة حكما على عمومها، حيث اعتبره وقفا باطلا، باعتباره تصرف في ملك الغير، وأيده في ذلك القضاء الجزائري حيث قررت المحكمة العليا في كثير من قراراتها لإبطال الوقف الصادر عن غير مالك، حتى ولو كان الواقف يظن بأنه مالكا للعين الموقوفة كلها، في حين نازعه في جزء منها ورثة آخرون معه يجهلهم، ومن أمثلة تلك القرارات:

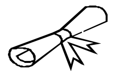
1. القرار الصادر في **1988/11/21** الذي قضت فيه المحكمة العليا بنقض قرار المجلس الذي صحح عقد حبس محرر من طرف شخص في حين كانت العين الموقوفة ملك لشخص آخر[1].
2. وفي القرار الصادر في **1993/09/28** الذي اعتبرت فيه المحكمة العليا الحبس المتضمن مال المحبس مع مال أخيه، بأنه صحيح في الجزء من المال الذي يملكه الواقف، وباطل الوقف المنصب على مال أخيه، لأن الواقف لا يملكه[2].

ولقد أكد المشرع الجزائري على هذا الشرط في المرسوم رقم **63/76** المؤرخ في: **1976/03/25** والمتعلق بتأسيس السجل العقاري، حيث نصت المادة **104** على الآتي: "يحقق المحافظ بأن البطاقة غير مؤشر عليها بأي سبب يقيد حرية التصرف في الحق، من قبل صاحبه الأخير".

ثانيا: أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله.

ومفاد هذا الشرط أن المشرع يشترط في الواقف أن يكون أهلا لممارسة التصرفات الإرادية، والتي من جملتها الوقف، فينبغي أن الواقف "ممن يصح تصرفه" ومن يصح تصرفه في نظر المشرع هو الشخص المالك الذي لا

[1] قرار رقم 46546 مؤرخ في: 1988/11/21، م.ق 1991 ، عدد 2، ص60.
[2] قرار رقم 94323 مؤرخ في: 1993/09/28، م.ق 1994 ، عدد 2، ص76.




تشوب إرادته عارضا من عوارض الأهلية، ومن ثمة ينبغي أن يكون عاقلا غير مجنون ولا معتوه، وأن يكون بالغا، راشدا وفق ما يشترطه سن الرشد المنصوص عليه في القانون، وغير محجور عليه.

1: العقل.

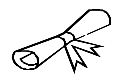
فالمجنون لا يصح وقفه، لأن الوقف تصرف يتوقف على التمييز ولا تمييز عند المجنون، فلو كان الجنون متقطعا ووقف في حال إفاقته، كان وقفه صحيحا، وإن طرأ عليه الجنون بعد ذلك فلا يؤثر في صحة الوقف، والمعتوه حكمه حكم المجنون إذ لا يصح وقفه[1]، وهذا ما أكده المشرع الجزائري صراحة في المادة **31** من قانون الأوقاف رقم **10/91** التي تنص على أنه: "لا يصح وقف المجنون والمعتوه لكون الوقف تصرف يتوقف على أهلية التسيير، اما صاحب الجنون المتقطع فإنه يصح أثناء إفاقته وتمام عقله، شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية".

وفي هذا أخذ بالقواعد الشرعية الموجودة في الفقه الإسلامي، خاصة في إجازة الأخذ بالوقف الصادر عن الشخص الذي يكون جنونه متقعطا، لأنه مكلف أثناء انقطاع الجنون عنه، ولكن الأخذ بهذه القاعدة من طرف المشرع الجزائري، جعله يتناقض مع نصوص قانونية أخرى، بحيث خالف القاعدة القانونية العامة، الموجودة في القانون المدني[2]، في المادة **42** منه والتي تنص على أنه: "لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا التمييز لصغر في السن او عته أو جنون". حيث جاءت لفظة الجنون في القانون المدني مطلقة دون تمييز بين الجنون التام والمنقطع، علما بأن القانون المدني يعتبر الشريعة العامة. ونحن اليوم أمام قانون الأوقاف والذي يخالف أحكام الشريعة العامة في هذه النقطة القانونية، حيث أنه من الصعوبة بمكان أن يتمكن القاضي من إثبات أن الواقف في حالة انقطاع جنون حين وقف أملاكه، خاصة إذا كان ذلك الوقف محل نزاع وطعن من طرف ورثة الواقف وكان جنونه شائعا بين الناس معلوم لهم كافة، لتبقى هذه المسألة وغيرها محل نظر من طرف المشرع مستقبلا.

---

[1] الفرق بين الجنون والعته، أن الجنون خلل في العقل تجري معه الأقوال والأفعال على غير مقتضى العقل والعته نقصان في العقل يختلف معه الكلام، فبعضه يشبه كلام العقلاء وبعضه الآخر يشبه كلام المجانين.

[2] القانون رقم 58/75 المؤرخ في: 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005م، جريدة رسمية صادرة في 26 يونيو 2005 عدد 44، ص21.




2: البلوغ.

فالصبي لا يصح وقفه، مميزا كان أو غير مميز، لأن المميز ليس أهلا للتبرعات، وغير المميز ليس أهلا للتصرفات، ولقد نص المشرع الجزائري من خلال قانون الأوقاف السالف الذكر، في المادة **30** منه على أن: "وقف الصبي غير صحيح مطلقا، سواء كان مميزا أو غير مميز ولو أذن بذلك الوصي". ومفاد ذلك أن كل وقف يصدر عن شخص لم يبلغ سن الرشد عموما، فإن ذلك الوقف يكون غير صحيح مطلقا على حد قول المشرع، أي أنه باطل كون أنه لا يجوز تصحيحه بأي إجازة، حتى ولو أجازه الوصي وأذن به.

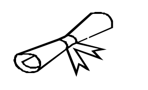
وفي هذه المسألة ما يثير الجدل والنقاش، حيث أن المشرع الوقفي، لم يحدد سن الرشد الذي يأخذ به في أحكامه، ولا سن التمييز الذي ذكر في هذه المادة.

أ. فلو سلمنا بالأخذ بأحكام تصرفات عديمي الأهلية وناقصيها وفقا لأحكام القانون المدني، فإنه يكون سن التمييز محددا بـ **13** سنة بنص المادة **42** منه: "يعتبر غير مميز من لم يبلغ سن الثالثة عشرة سنة".

وسن الرشد هو **19** سنة كاملة بنص المادة **40** من نفس القانون: "وسن الرشد تسعة عشرة سنة كاملة". فقرة معدلة بموجب القانون رقم **10/05**.

فيكون الوقف صحيحا إذا صدر من شخص بلغ **19** سنة، غير انه لم يتناول المشرع حالة الترشيد، هل يجوز الترشيد في الوقف أم لا؟

وبالرجوع إلى أحكام القانون المدني دائما، نجد بأن الترشيد يصحح التصرفات التي أقدم عليها المرشد كلها ولو كانت ضارة به ضررا محضا مثل التبرعات، والوقف من بينها، وسن الترشيد هي **18** سنة وفقا للمادة **2/38** من القانون المدني المعدل والمتمم.

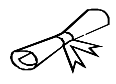
ب. ولو سلمنا بالأخذ بأحكام قانون الأسرة[1] في مثل هذه المسائل، كونه ينظم مسائل الأحوال الشخصية وهو الأولى بتنظيم شؤون الوقف من القانون المدني، لكن في ذلك تصادم بأحكام تناقض ما قد قيل في نظرة القانون المدني، ذلك أن قانون الأسرة يتعارض مع القانون المدني في جعل سن الترشيد منوطة بسن التمييز، فنص في المادة **48** منه على أن: "للقاضي أن يأذن لمن بلغ سن التمييز في التصرف جزئيا او كليا في أمواله..."، بمعنى أنه يجوز ترشيد من بلغ سن **13** سنة، وما يؤاخذ عليه قانون الأسرة أنه منح حق التصرف جزئيا أو كليا لمن بلغ سن التمييز إذا رشده القاضي، فكيف يتصور أن يصبح ناقص الأهلية بين عشية وضحاها راشدا، وقد نصت المادة **30** من قانون الأوقاف السالف الذكر، على أن تصرفاته باطلة ولو أذن بها الوصي.

ج. وثالث الافتراضات التي نطرحها في تمحيص هذه المادة، وهي أن نسلم بأن مسألة سن الرشد ما دام لم ينص عليها قانون الأوقاف، بأن تطبق بشانها المادة **02** من هذا القانون والتي تعد مرجعا في كل ما لا نص فيه بشان الوقف، والتي تنص على ما يلي: "على غرار كل مواد هذا القانون، يرجع إلى احكام الشريعة الاسلامية في غير المنصوص عليه" ومسألة سن التمييز وسن الرشد، مسألة غير منصوص عليها في هذا القانون، وأن هذا الأخير يحيلنا صراحة إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فما هو حكمها؟

لقد جعلت الشريعة الإسلامية سن التمييز (سبع سنين)، بل وتعتبر من بلغ **14** سنة أنه بلغ الحلم، أي صار راشدا.

وفي ظل هذه الافتراضات التي فتح قانون الأوقاف بابها على مصراعيه، بل وشارك ببعض أحكامه في زيادة الأمر تعقيدا وغموضا، نقول بأنه لا يعقل أن يكون من يعتبر رشيدا في الشريعة الإسلامية قاصرا حسب القانون المدني الجزائري.

[1] قانون رقم 11/84 مؤرخ في: 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في: 27 فيفري 2005، الجريدة الرسمية، عدد 5، ص19.




وأن الأخذ بالحل الذي نص عليه قانون الأوقاف نفسه لمثل هذه الإشكالات، وهو الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا نص فيه، يجعل الوقف الصادر من شخص بلغ سن **14** سنة صحيحا[1].

غير أن المنطق كثيرا ما يصطدم مع الواقع العملي، ذلك أننا نجد بان كل الهيئات المعنية بالوقف وحتى القضاء يأخذ بسن الرشد التي نص عليها القانون المدني، واعتبروه المختص بأحكام تصرفات عديمي الأهلية أو ناقصيها في شق منه، تكمله أحكام قانون الأسرة في كثير من مسائله، وبأنه من المفترض بأن يختص القانون بحكم التصرفات المالية والحكم بصحتها أو بطلانها[2].

<u>3: أن يكون غير محجور عليه لسفه أو دين.</u>

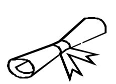
لقد اشترط المشرع خلو الواقف من موانع أخرى من موانع التصرف، وهي الحجر على الواقف لسفه أو دين، إذ ينبغي أن لا تكون يد الواقف قد غلت عن أمواله بالحجر عليه من احد أقاربه أو من له مصلحة أو نيابة عليه.

<u>أ: أن لا يكون محجور عليه لسفه.</u>

وهو مقتضى المادة **2/10** من قانون الأوقاف التي نصت على أنه: "... أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله، غير محجور عليه لسفه أو دين". غير أنه يلاحظ بان نص هذه المادة لم يذكر سوى حالتي الحجر لسفه أو دين، وقد سقط منها حكم الشخص (ذي الغفلة)، والذي يلحق في حكمه بالسفيه، ذلك أن السفيه وذي الغفلة حتى ولو صدر منهما الوقف فإنه سوف يضر حتما بذمتهم المالية، لذلك ينبغي على الواقف أن يكون غير محجور عليه لسفه أو غفلة، لأن الوقف من التبرعات، والمحجور عليه ليس من أهل التبرعات، إذ الحجر عليه جاء من أجل المحافظة على ماله، فلا يملك التبرع بشيء منه، وقد نص المشرع على حكم تصرفاتهم في حالة الحجر،

---

[1] كل القوانين العربية جعلت سن التمييز بسبع سنين مقتدية بالشريعة الإسلامية، مثل القانون المصري المدني م45، والقانون المدني الليبي في المادة 2/45 والسوري م2/46 والأردني 1/2119 والعراقي 106.
[2] علي علي سليمان: ضرورة إعادة النظر في القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص31.




من خلال قانون الأسرة حيث نصت المادة **107** منه على أن تصرفات المحجور عليهم بعد الحجر باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها.

غير أنه كان على المشرع أن يسمح لهما بإجراء وقف على نفسهما، ثم من بعدهما على جهة بر، ذلك أن هذا الوقف بالذات ليس فيه مضرة لهما، وهو الاستثناء من الأصل، ولقد كان العمل جاريا على صحة هذا الوقف في التشريعات الوقفية المقارنة، بشرط أن تأذن به المحكمة.

ب: <u>أن لا يكون محجورا عليه لدين.</u>

وعلى هذا فإنه إذا وقف شخص جميع امواله أو بعضها إضرارا بدائنيه، كان وقفه باطلا بنص المادة **2/10** من قانون الأوقاف السالف ذكرها.

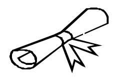
وتفسير ذلك أن المشرع يعتبر بان أموال المدين في هذه الحالة ضامنة لوفاء ما عليه من ديون ولذا يمنع جميع تبرعاته من وقف وهبة ونحوهما فيما يضر بدائنيه[1].

لذلك ينبغي أن نميز بين ما إذا استغرق الدين جميع الأموال الموقوفة، أم لم يستغرقها كلها:

- § فلو استغرق الدين جميع الأموال الموقوفة، فإن وقفه يتوقف على إجازة الدائنين، إذا الواقف محجور عليه، ذلك أنه إذا حجر على المدين بطلب الغرماء الدائنين، فإنه لا يجوز له بعد الحجر عليه أن يتصرف في ماله بأي تصرف يضر دائنيه، وعلى هذا فإن صحة وقفه متوقفة على إجازة الدائنين، فإن أجازوه نفذ، وإن لم يجيزوه كان لهم حق طلب إبطاله.

  وإن لم يكن محجورا عليه، فإن وقف المدين حال صحته وقبل الحجر عليه صحيح نافذ لا ينقضه أصحاب الديون، ولا يتوقف على إجازتهم[2]، غير أن للدائنين مقاضاة الواقف المدين الذي استغرق الدين كل أمواله، إذا رأوا بأن وقف المدين هذا فيه

[1] لقد تبنى المشرع الجزائري رأي المذهب المالكي الذي يقول بعدم صحة هذا الوقف، علما أن المذهب الحنفي يرى بأنه وقف صحيح، باعتبار أن الدين في ذمة المدين فقط لا في أمواله، كما أنه لا يرى صحة الحجر على المدين المبذر وبذلك يبقى تصرفه نافذا.
[2] محمد كمال الدين إمام: الوصايا والأوقاف، مرجع سبق ذكره، ص200.

هروب من الديون خاصة إذا كان وقفا على أولاده، ولا يمكننا أن نأخذ بالعكس، خصوصا وإن تقدم الدين على الوقف[1].

- § وأما إذا لم يستغرق الدين كل أموال الواقف، فإنه يجوز وقفه هذا، كما لو وقف ما زاد على ما يفي بدينه، فالوقف صحيح نافذ في حق الدائنين، ولا يتوقف على إجازة أحد منهم، وأما إذا كان المال الموقوف مما يتوقف به الدين، فإنه يتطلب إجازة الدائنين له، باعتبار أن حقهم متعلقا بجزء من الوقف يعادل دينهم، هذا ما لم يكن محجورا عليه، لأن المحجور عليه كما سبقت الإشارة إليه، يتوقف نفاذ وقفه على إجازة الدائنين سواء شمل الوقف المال كله او بعضه.

جـ: <u>أن لا يكون مريضا مرض الموت.</u>

مرض الموت الذي يؤثر في التصرفات هو المرض الذي يخاف منه الموت ويتصل الموت به.

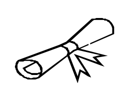
ويلحق حكم الوقف في مرض الموت حكم وقف المجنون والسفيه وذي الغفلة.

ولقد كان الفقهاء قديما لا يستطيعون الجزم بأن المرض مرض الموت، إلا إذا مات الواقف من جرائه فعلا، غير أن الأمور تغيرت في عصرنا هذا، أين تطور العلم و الطب، وأصبح بإمكان أهل الواقف أو أقاربه وحتى دائنيه، معرفة ما إذا كان الواقف قد وقف أمواله وهو في حالة مرض الموت، حتى ولو كان الواقف لا يزال على قيد الحياة.

إلا أنه اختلفت آراء الفقهاء في مدى صحة وقفه وفي مدة لزومه، غير أن المشرع الجزائري حسم الأمر بموقف صريح، حيث نص في قانون الأوقاف رقم **10/91** في المادة **32** على ما يلي: "يحق للدائنين طلب إبطال وقف الواقف في مرض الموت، وكان الدين يستغرق جميع أملاكه".

بحيث يفهم من هذه المادة وأن الوقف في مرض الموت لا يكون باطلا بطلانا مطلقا، وإنما يكون قابلا للإبطال من طرف من له مصلحة، وتصححه الإجازة، غير أن هذه المادة تطرقت للحالة التي يكون فيها الواقف المريض مرض الموت مدينا، حيث قررت للدائنين حق طلب إبطال وقف هذا المدين ولكن بشرطين:

[1] وهو رأي جمهور الفقهاء، ومالك وأصحابه أيضا.

الشرط1: أن يكون قد وقف أملاكه وهو في حالة مرض الموت.

الشرط 2: أن يكون الدين استغرق جميع أملاكه.

وذلك عن طريق دعوى يرفعها دائنوه أمام المحكمة المختصة إقليميا، لاستصدار حكم قضائي بإبطال وقف هذا المدين.

ولذلك فإنه بالمفهوم المخالف لهذه المادة، فإنه يستشف الآتي:

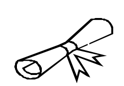
- § أن الوقف في مرض الموت إذا أجازه الورثة يكون صحيحا(إذا كان مدينا وقت إنشائه تطلب ذلك إجازة الدائنين).
- § أن بطلان الوقف في مرض الموت لا يكون تلقائيا، وإنما يكون بحكم قضائي، يقرر القاضي بما له من سلطات بطلانه من صحته.
- § أن الوقف إذا صدر من الواقف قبل أن يحل به مرض الموت كان صحيحا لا يتوقف على إجازة أحد، باعتباره وقف صادر من شخص بالغ، عاقل، يتمتع بكل حقوقه المدنية.
- § أنه إذا لم يستغرق الدين كل أملاك الواقف فإنه لا يجوز إبطال وقفه ذاك حتى ولو كان في مرض الموت إلا من ورثة الواقف.

وعليه ينبغي علينا أن نميز بين حالتين تطرحهما مسألة الوقف في مرض الموت هما:

<u>الحالة 1:</u> إذا كان مدينا وقت وفاته: فإن وقفه يكون صحيحا نافذا حال حياته إلا إذا كان محجورا عليه لدين فإن وقفه يتوقف على إجازة دائنيه.

إلا أن موت الواقف المريض مرض الموت وهو مدين يطرح فرضيتين:

- § إذا كان الدين يستغرق كل ماله فإن إجازة الدائنين له بعد وفاته تجعله صحيحا، وإذا لم يبرئه الدائنون فإن وقفه يكون قابلا للإبطال بحكم قضائي ويباع لاستيفاء الدين من ثمنه.
- § أما إذا كان الدين لا يستغرق كل المال، فإنه يجوز وقفه فيما لا يتوقف به الدين، وما زاد عنه فيتطلب إجازة الدائنين له، باعتبار أن حقهم متعلق بذلك الجزء من الوقف.

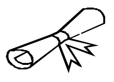
الحالة 2: إذا كان غير مدين وقت وفاته: إذا كان المريض مرض الموت بعد موته غير مدين ولكنه وقف قبل موته على أجنبي، فهنا ينفذ الوقف ولم يتوقف على إجازة احد في حالة انعدام الورثة، سواء كان الوقف لكل المال أو لبعضه، لعدم تعلق حق لأحد في المال الموقوف، أما إن كان له ورثة أخذ هذا الوقف حكم الوصية، فينفذ في ثلث المال الموقوف، من غير توقف على إذن أحد، فإذا مات الواقف لزم ورثته هذا القدر.

وأما وقفه فيما زاد على الثلث فإنه ينفذ وقت حياته، لكنه لا يلزم الورثة بعد موته، وهذا لتعلق حق الورثة في ثلث المال الموقوف، فيكون هذا القدر متوقف على إجازتهم، فإذا أجازوه يسقط حقهم فيه، وإن لم يجيزوه لم ينفذ في حقهم[1]، وهو القول الذي تؤيده المحكمة العليا حيث صدر القرار رقم **96675** الصادر بتاريخ: **1993/11/23**، حيث قررت بطلانه في مرض الموت مع اعتباره وصية[2].

وفي الأخير يمكن القول بأن المريض مرض الموت، تتعلق بأمواله حقوق الدائنين، وتتعلق بالثلثين حقوق الوارثين، لأنه ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "إن الله تبارك وتعالى تصدق عليكم في آخر أعماركم بثلث أموالكم فضعوه حيث شئتم". ولكن لا يتأتى ولا يتقرر بطلان الوقف الصادر من طرف الواقف مريض مرض الموت، إلا إذا طعن الورثة أو من له مصلحة في ذلك، عن طريق القضاء، ولكن يبقى عليهم إثبات ذلك، أي بأن الواقف وقت إنشاء الوقف كان مريضا مرض الموت فعلا، تحت طائلة رفض دعواهم لعدم التأسيس، متى عجز المدعي عن إقامة البينة على ذلك، ولقد تشددت المحكمة العليا في مسألة الإثبات هاته رغم صعوبتها كما سبق وأن أشرنا إلى صعوبة الإثبات في الوقت الذي أنشأ في حالة الجنون المتقطع، ولقد نص قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ: **1971/03/03** على ما يلي: "حيث أنه من المقرر في الشريعة الإسلامية، أن الحبس الواقع في مرض موت المحبس باطلا، وعلى مدعي بطلانه بذلك السبب إقامة البينة على أن المحبس كان مصابا وقت تحبيسه بالمرض الذي مات من جرائه.

---

[1] وهو رأي جمهور الفقهاء، أنظر في ذلك: محمد أبو زهرة، مرجع سبق ذكره، ص122.
[2] الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص302.

وحيث لم ياخذ المجلس القضائي تلك الدعوى ولا بطلب إقامة البينة على صحتها، واكتفى في الحكم بمجرد ما جاء في وثيقة التحبيس بالوجه السابق الذكر، كان قرارا خارقا لأشكال المرافعات الجوهرية، وحتى للقواعد الشرعية، مما يستوجب نقضه"[1].

القسم 2: محل الواقف.

محل الوقف هو العين المحبوسة التي تجري عليها أحكام الوقف، وثاني ركن نص عليه المشرع من خلال المادة **096** من القانون رقم **10/91** المتعلق بالأوقاف، ولقد بين المشرع الجزائري طبيعة محل الوقف من خلال ما ورد في المادة **11** من نفس القانون، حيث صرح بأن العين الموقوفة قد تكون: "عقارا أو منقولا أو منفعة"، علما بأن أغلب الأوقاف عموما تكون ذات طبيعة عقارية وبصورة أقل وقف المنفعة، وأما وقف المنقول فهو نادر نوعا ما إلا إذا كان تابعا لعقار محبس فهو يتبعه في الوقف، ولذلك فإن المشرع يسوي في أحكام الوقف بين ما إذا كان الموقوف عقارا أو منقولا أو منفعة، ويستوي أيضا ما دخل في الوقف أصلا أو ما دخل فيه تبعا[2]. غير أن المشرع الجزائري اشترط في محل الوقف جملة من الشروط لصحة الموقوف، تضمنتها أحكام المادة **11** من قانون الأوقاف السالف الذكر، حيث يمكن بيانها في الآتي:

1. **أن يكون محل الوقف معلوما محددا:**

ومفاد ذلك أن المشرع اشترط لصحة الوقف أن يكون الموقوف غير مجهول منعا للنزاع، ومعينا منافيا للجهالة، ولقد أكد على ذلك المشرع في قانون الأسرة، حيث اشترط في المادة **216** منه على ضرورة أن يكون المال المحبس معينا خاليا من النزاع.

فلو قال الواقف: وقفت جزءا من أرضي، ولم يعينه، كان الوقف باطلا.

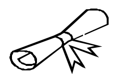
لكنه لو قال: وقفت داري الفلانية أو أرضي التي في جهة كذا، وكان ما وقفه معروفا لا يلتبس بغيره صح الوقف.

علما أنه لو وقف أرضا برقمها العقاري صح وقفه لأن رقم العقار اليوم يقوم مقام الحدود. وإذا لم تكن كذلك، فلا بد من تحديد معالمها،

---

[1] قرار مؤرخ في: 1971/03/03، نشرة القضاة لسنة 1972، عدد 02، ص73.

[2] كالبناء والغراس المتواجد على الأرض الموقوفة، فهي تبعا لها وتدخل في حكمها غير أن المشرع لم يكن يرى في الماضي محلا للوقف سوى العقار، وهذا ما يتشح من خلال تعريف الوقف حسب قانون رقم 25/90 المرؤخ في: 1990/11/18 المتضمن قانون التوجيه العقاري.




وحدودها، وكل ما يتطلب من بيانات لتعيين العقار ووصفه وصفا تاما، وهو المقصود بشرط: "العلم" وإلا بطل الوقف حتى ولو عين الواقف الموقوف بعد الوقف، باعتبار أن الوقف قد نشأ في بدايته غير صحيح، ونفس الحكم يسري في حالة ما إذا وقف الواقف مالا معينا، ومعلوما ثم استثنى منه قدرا مجهولا[1]، ذلك أنه لا يصح وقف المجهول لأن الجهالة تفضي إلى النزاع[2].

2. أن يكون محل الوقف مشروعا:

حيث أن المشرع اشترط لصحة الوقف، أن يكون المال الموقوف مما يجوز التعامل فيه، وهذه المسألة تطرح عندما يقف مثلا شخص أسهمه في شركة معينة على جهة البر، كعلاج الفقراء في مدينته، فإنه يشترط لصحة وقفه هذا، أن تكون هذه الشركة تستعمل أموالها استعمالا جائزا شرعا، وليس قانونا فحسب[3].

أما لو كانت تستغل أموالها استغلالا ربويا مثلا، لا يجوز وقف شيء من أسهمها.

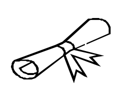
ولذلك يمكن القول بأنه ليس كل مال يصلح محلا للوقف، ولقد اشترط الفقهاء بالإجماع ضرورة توافر هذا الشرط، مستعملين في ذلك عبارة مختلفة عن تلك الألفاظ التي استعملها المشرع، حيث عبروا عن هذا الشرط بقولهم: "أن يكون المال متقوما" ، وهي عبارة متداولة كثيرا فيكتب الفقه، والتقويم يعني حل الانتفاع شرعا بهذا المال، وهو نفسه شرط مشروعية محل الوقف في قانون الأوقاف رقم **10/91**، بل إن هذا الشرط ليس مقررا لصحة الوقف فحسب بل هو مقررا لصحة كافة العقود والتصرفات القانونية، فقانون الأوقاف جاء بشرط كرسته المبادئ العامة في القانون، وتطبيقا لنص المادة **96** من القانون المدني: "إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام والآداب كان العقد باطلا".

3. أن يكون محل الوقف مفرزا:

[1] J.Lafond: les sources du droit coutumier dans le sous, le statut personnel et successoral, édition imprimerie du sous, AGADIR, P 87, Ernest Mercier, le code du Habous ou oud selon la législation musulmane, suivie de yextes des bons auteurest de pièces originales, imprimerie D.Braham Constantine, 1989, P12.

[2] وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص185.

[3] ذلك أنه قد يخرج الشيء عن دائرة التعامل من الناحية الشرعية، ومع ذلك يجيز القانون التعامل فيها، ومثاله الفوائد الربوية، إذ يجيزها القانون ويحرمها الشرع، والعبرة في الوقف بما أقره له الشرع باعتباره صدقة وتقربا لله.




لقد تعرض المشرع الجزائري لمسألة وقف المشاع، من خلال المادة **11** من قانون الأوقاف رقم **10/91** المؤرخ في: **1991/04/27** في فقرتها الأخيرة، حيث جاء موقفه صريحا من هذه المسألة التي كانت محل جدال وخلاف بشأنها بين الفقهاء.

إذ أن مالك رضي الله عنه شدد في منع الوقف المشاع قبل قسمته، لأن الحيازة لا تتم مع الشيوع.

وأما أبو يوسف وغيره ممن لم يشترطوا القبض، أجازوا المشاع من غير حاجة إلى القسمة، ومع اختلاف الفقهاء في وقف المشاع، إلا أنهم أجمعوا على جواز وقف المال المشاع إذا كان الوقف مسجدا أو مقبرة، لأنه لا يتصور الانتفاع فيهما إلا بالإفراز[1].

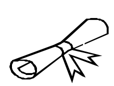
هذا حكم الفقه في وقف المشاع، ولقد جاء في قانون الأسرة الجزائري موقف صريح للمشرع من هذه المسألة وهو جواز وقف المال الشائع، حيث نصت المادة **216** منه على أنه: "يجب أن يكون المال المحبس مملوكا للواقف، معينا، خاليا من النزاع، ولو كان مشاعا".

غير أنه في مقابل ذلك، اشترط المشرع قسمة المال الشائع مع اعتبار الوقف صحيحا قبل قسمة المال، ليقف المشرع بهذا الرأي في موقف وسط ما بين الرأيين، فهو يجيز وقف المشاع من جهة خلافا للمذهب المالكي، ويشترط من جهة أخرى القسمة والفرز، بعد الوقف خلافا لرأي أبي يوسف وأتباعه من الحنفية وغيرهم، ليكون موقفه بذلك فريدا ومتميزا.

إذ نص صراحة في المادة **11** من قانون رقم **10/91** على أنه: "يصح وقف المال المشاع، وفي هذه الحالة تتعين القسمة". ليطرح بذلك التساؤل التالي: إذا كان هذا يخص المال القابل للقسمة، فماذا عن المال الشائع غير القابل للقسمة بطبيعته؟

إن هذه المسألة لم يتناولها المشرع الجزائري من خلال نص صريح، ولكن الجدير بالذكر في هذا الشأن هو أنه وردت في المادة **11** السالفة الذكر عبارة: "تتعين القسمة" وهي عبارة تفيد الإلزام، وأن المشرع جعله شرط وجوب ونفاذ، لا شرط جواز، وهو ما تؤكده صياغة هذه المادة حيث كانت صياغتها آمرة، يفيد معها وأن المال الشائع غير القابل

[1] محمد أبو زهرة، مرجع سبق ذكره، ص102.




للقسمة لا يصح وقفه لانعدام إمكانية تطبيق هذه المادة، ولاستحالة الانتفاع بالمال الموقوف كما يجب مع شيوعه، وهو موقف أجمع عليه الفقهاء.

إلا أن القوانين المقارنة تعرضت لهذه المسألة وضبطتها، حيث قضت في أغلبها بعدم صحة وقف المال الشائع غير القابل للقسمة إلا بتوافر حالتين[1]:

الأولى: أن يكون الباقي من المال الشائع موقوفا.

الثانية: أن تتحد الجهة الموقوف عليها: أي أن يقف الواقف على الجهة نفسها التي وقف عليها الجزء الآخر من المال الشائع.

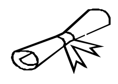
ويضيف الباحثون حالة ثالثة فيها وقف مال مشاع غير قابل للقسمة، وهي حالة وقف أسهم الشركات على اختلاف أنواعها، وسواء كانت هذه الأسهم عقارات أو منقولات، واعتبروها من المشاع الذي لا يقبل القسمة، لأن قوانينها لا تجيز القسمة أو إفراز أسهم المساهمين، ولقد اعتبروه وقفا صحيحا، لأنه لا يترتب عنه ضررا ولا نزاعا، لأن هذه الشركات تنظمها قوانين خاصة بها، ولم يشترطوا لصحته سوى أن تكون شركات ذات استغلالات جائزة شرعا.

إنه ومن خلال جملة الشروط التي عرضناها، يمكن اعتبارها شروطا أساسية لا غنى عنها، تناولها المشرع في العديد من المواضع، من خلال قانون الأسرة الجزائري، ثم من بعده قانون الأوقاف، لكن لكي تكون دراستنا وافية لهذا الركن، فإنه ينبغي علينا التطرق لجوانب أخرى لم يتناولها المشرع بالتوضيح في القوانين السالف ذكرها، ويمكن طرحها من خلال معالجة نقاط مبهمة تتعلق بـ: مدى جواز وقف المال المرهون، وضرورة معالجة مسألة المنقول وما تطرحه من التباسات، كل ذلك على النحو التالي:

أولا: وقف المال المرهون:

إنه وكما سبق ذكره وأن هذه المسألة لم يتناولها المشرع من خلال القوانين المنظمة للوقف غير أنه يتعين علينا الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية تطبيقا لمقتضى المادة **02** من القانون **10/91** المتعلق بالأوقاف.

[1] ومثاله القانون اللبناني المؤرخ في 16 آذار 1948، أنظر المادة 16 منه، أنظر في ذلك محمد كمال الدين إمام، مرجع سبق ذكره، ص212، وانظر: أحمد محمود الشافعي، مرجع سبق ذكره، ص164.




غير أن الآراء الفقهية في هذه المسألة متضاربة بين مؤيد ومعارض، فالحنفية أجازت وقف المال المرهون مع إبطاله إذا لم يوفي الواقف دينه، حماية لحق الدائن، وأما رأي جمهور الفقهاء فقد تشددوا في منعه، فمنهم من علق صحة هذا الوقف على ان يكون المدين الواقف موسرا، وهو قول الشافعية، ومنهم من علقه على إجازة الدائن المرتهن وهو موقف الحنابلة.

وأما المالكية فقد توسطوا الرأيين الأخيرين، وجمعوا بين الشرطين معا، فأجازوا وقف المال المرهون، شريطة وجود إذن الدائن وأن يكون المدين موسرا.

وأما موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة، فهو غير صريح، وسكوت المشرع هنا دلاة على رفضه للوقف الذي ينصب على مال مرهون، باعتبار أن الرهن يعد تأمينا عينيا، يمكن أن يؤدي إلى بيع المال المرهون وفاء للدين المضمون بالرهن، وهو الأمر الذي يتعارض مع مبدأ عدم جواز التصرف في المال الموقوف بالبيع وبأي تصرف آخر على أصل المال الموقوف.

<u>ثانيا</u>: <u>وقف المال المنقول:</u>

لقد أجاز المشرع الجزائري صراحة وقف المال المنقول، بموجب المادة **11** من قانون الأوقاف السالف ذكره، علما أنه لم يدرج المشرع المنقولات كمحل للوقف في القوانين المنظمة للوقف السابقة على قانون الأوقاف، أين ساوى المشرع في حكم الوقف بين العقار والمنقول، وهو الرأي الذي يطابق موقف جمهور الفقهاء من هذه المسألة والذي هو الجواز، سواء كان ذلك المنقول مستقلا أو كان تبعا لغيره، ليزيل المشرع بذلك كل لبس يشوب مسألة الجواز من عدمه، وهو موقف القوانين المقارنة أيضا في هذا الشأن[1]، بل أضافت تلك القوانين أموالا منقولة أخرى فرضتها التطورات، لتكون محلا للوقف، كوقف الأوراق المالية، والسندات، شريطة أن تكون هذه الأوراق جائز تداولها شرعا[2].

غير أن إجازة الوقف المنقول يتعارض مع شرط التأبيد الذي يشترطه المشرع الجزائري، علما أن المنقول لا يحقق للوقف صفة التأبيد، إذ أن المنقول يكون دائما عرضة للتلف، عكس العقار الذي يحقق صفة التأبيد للوقف[3].

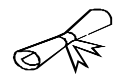
---

[1] المادة 08 من قانون الأوقاف المصري، والمادة 15 من القانون اللبناني.

[2] أخذ القياس من تحريم الشرع أوراق اليانصيب، وبعض شهادات التأمين.

[3] أما الأحناف فقد منعوا الوقف المنقول إلا في حالات ثلاث هي:

- إذا دخل في الوقف تبعا للعقار.
- إذا ورد نص بجواز وقف المنقول.
- إذا تعارف الناس على وقف المنقول.

فوقف المنقول يقف وجها مع المادة **03** من القانون رقم **10/91** المتعلق بالأوقاف والتي تقضي بأن الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد، خاصة لما يكون المنقول غير صالح للبقاء بما يفيد حكم التأبيد عليها، ولذلك يبقى السؤال في هذه المسألة مطروحا كغيرها من المسائل التي طرحت خلال هذه الدراسة.

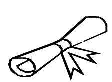
ثالثا: وقف المنفعة:

قبل أن نختم دراستنا للركن الثاني من أركان الوقف، وهو محل الوقف، وما ينصب عليه الوقف نلفت انتباه القارئ الكريم وأن المشرع جعل الوقف ينصب على العقار والمنقول، وكذلك على المنفعة، هذه الأخيرة التي تجاهلها أغلب الفقهاء، وأجازها مذهب مالك وأصحابه، ليتبنى المشرع في ذلك رأي المالكية في مسألة وقف المنفعة[1]، وهي أن يقف شخص حقه في منفعة شيء لصالح مسجد أو جهة بر أخرى، فيشمل الوقف حسب رأي المشرع الجزائري ذات الشيء أو منفعته، كأن يكون الشخص مستأجرا لأرض منتجة فيقف ريعها ومنفعتها على جهة بر معينة، غير أن وقف المنفعة هذا يتعارض مع شروط صحة الوقف التي تشترط في الواقف أن يكون مالكا للشيء الموقوف ملكية مطلقة أو تامة، حسب المادة **10** من قانون الأوقاف السالف الذكر، علما أن من يملك المنفعة دون الرقبة، فملكيته للشيء ليست ملكية تامة وإنما هي ملكية ناقصة، ولا يصح الوقف حسب قانون الأوقاف إلا إذا كانت ملكية الواقف للشيء الموقوف ملكية تامة، أو كما عبر عنها المشرع الجزائري بالملكية المطلقة، وهو الأمر الذي لا يجيزه جمهور الفقهاء ما لم تقترن المنفعة بالرقبة في يد الواقف، وهو في حقيقة الأمر تناقض حتى في قانون الأوقاف ذاته، إذ ينص المشرع بأن الوقف هو حبس "العين"[2]، ثم ينص بعدها على أن محل الوقف ينصب على حتى على "المنفعة"، ليأتي قانون الأوقاف بذلك بتناقضات وإشكالية أساسية طرحناها في أول الدراسة لهذا الموضوع، والتي تدور حول طبيعة الوقف في الجزائر، هل هو وقف الأصل "العين" أم وقف للمنفعة؟ وام يترتب عن هذه المسألة من إشكاليات وقع المشرع الوقفي في ساحتها، وعليه أن يفصل فيها، قضاء على التذبذب في هذا الشأن، إذ أن حبس المنفعة يثير التساؤل بشأن أصل الملكية في لاشيء الموقوف، حيث يوقف الشخص منفعة شيء حتى ولو كان ليس ملكا له في الأصل، وإنما يعود للمالك الأصلي، فكيف يتحقق حبس الأصل والواقف لا يملكه.

---

[1] الشافعية والحنابلة: لا يجيزون وقف المنفعة لوحدها دون الرقبة.

[2] المادة 03 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف.




كما أن وقف المنفعة، يفيد منع التصرف فيها، فماذا يسبل الواقف في المقابل إذن؟ إذ لا يعقل أن يوقف المنفعة ويسبلها في آن واحد، باعتبار أن الوقف هو المنع والحبس.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى إذا كانت المنفعة مؤقتة، فإنها تتعارض مع أحكام المادة **28** من قانون الأوقاف السالف ذكره، والتي تقضي ببطلان كل وقف محدد بمدة زمنية معينة لأنه يتنافى مع صفة التأبيد التي يتصف بها نظام الوقف، والتي سبق طرحها في مسألة وقف المنقول ذاتها، لأن صرف المنفعة على وجه التأبيد لجهة لا تنقطع، لا يكون إلا في عين دائمة البقاء وهو ما لا يتحقق في هذه الحالات.

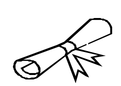
<u>القسم3</u>: <u>صيغة الوقف</u>.

الصيغة هي العبارة التي يؤدى بها الوقف، وهي إحدى الأركان الأربعة التي يقوم عليها الوقفحسب التشريع الجزائري، والذي وافق جمهور الفقهاء في اعتبار الصيغة ركن من الأركان الأربع، ولقد ركز المشرع على الصيغة من خلال المادة **09** من القانون **10/91** المتعلق بالأوقاف، والتي رتب المشرع البطلان على تخلفها.

ويقصد بالصيغة في الوقف: الإيجاب الصادر عن الواقف، باعتباره تصرفا صادرا من جهة واحدة وبإرادة منفردة من الواقف، والصيغة هي التعبير عن تلك الإرادة الكامنة لديه، وينعقد الوقف في صور مختلفة، عددتها المادة **12** من القانون السالف الذكر، بقولها: "تكون صيغة الوقف باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة.." وهي نفس الصور المنصوص عليها في القواعد العامة المقررة في القانون المدني، وهي صور التعبير عن الإرادة نفسها التي وردت في المادة **60** من القانون المدني الجزائري بأن: 'التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا'.'.

والصيغة قسمان صريحة ومكنية.

- فالصريحة: مثل قول المحبس: حبست كذا وكذا، وأرضي الفلانية موقوفة على فلان والتسبيل والتحبيس لفظان صريحان لتكررهما واشتهارهما عرفا.

ولو قال: تصدقت بكذا صدقة محرمة، أو موقوفة، أو قوله: لا تباع ولا توهب، فهي ألفاظ صريحة أيضا، لأن ألفاظ التصدق مع هذه القرائن لا يحتمل غير الوقف.

وقد اشتهرت صيغة في الأوقاف تداولتها الأقطار الإفريقية حيث يكفي منها أن يقول المحبس: "حبست ويد المالك مرفوعة" وهو القول الجاري به في سائر الأقطار الإفريقية[1].

- والكناية، مثل قوله: حرمته للفقراء، او أبدته عليهم، أو تصدقت، إذا نوى الوقف وهي ألفاظ لا تستعمل مستقلة، وإنما يؤكد الواقف بها الألفاظ السابقة ومقترنة بها.

وأما الفعل: فقد يقوم مقام الصيغة عموما، كأن يبني شخص مسجدا، ويخلي بينه وبين الناس للصلاة، فهذا الفعل كان في التحبيس لدلالة الحال على تسبيله[2].

شروط الصيغة:

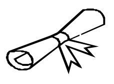
إن الصيغة لا تكون صحيحة ولا تكفي لإنشاء الوقف إلا إذا توافرت لها شروط معينة تتحقق بها الصيغة وهي:

1. **أن تكون الصيغة تامة ومنجزة:**

الصيغة المنجزة هي تلك الصيغة التي تدل على إنشاء الوقف، وترتيب آثاره عليه في الحال، فالصيغة لا تصح إلا منجزة، إلا أن المشرع أجاز الصيغة المتعلقة، بوقف مضاف إلى ما بعد الموت، كأن يقول: "وقفت داري على فلان بعد موتي" فهي تأخذ حكم الوقف على النفس ثم على الغير.

واشتراط المشرع في الصيغة أن تكون منجزة، يفيد منع أي صيغة تفيد الاحتمال في الوقف، كأن يعلق الواقف وقفه على شرط احتمالي، إذ لا يتأكد تحققه من عدم تحققه مستقبلا، ومثاله أن يقول: "وقفت داري على فلان إذا تملكت أرض كذا" أو قوله: "إذا أتت أرضي الفلانية محصولا وافرا هذه السنة فهي وقف على فلان" وغيرها من الصيغ التي تفيد الاحتمال فهي باطلة وأوقاف فاسدة، لأن الوقف لا يقبل التعليق على غير ما هو حاصل بالفعل ومؤكد.

[1] أنظر: الملاحق: حبس عدد 105.
[2] لاشيخ المولود عمار مهري، تقريرات وملاحظات على مدونة الأحوال الشخصية الجزائرية، دار البعث، الجزائر، 1984، ص41.




2. أن تكون الصيغة دالة على التأبيد:

فلا يصح الوقف إذا دل على التأقيت بمدة، لأنه إخراج مال على وجه القربة، فلم يجز إلى مدة وإنما لا بد من اشتماله على معنى التأيد.

وهذا واضح من خلال تعريف المشرع الجزائري للوقف حسب قانون **10/91** المتعلق بالأوقاف حيث جاء في المادة **03** بأن الوقف هو: "حبس العين عن التملك على وجه التأبيد".

لذلك فإن كل صيغة تقترن بما يدل على تأقيت الوقف تبطل، ويبطل معها هذا الوقف لفساد الصيغة طبقا لحكم المادة **28** من القانون السالف الذكر، والتي مفادها: "يبطل الوقف إذا كان محددا بزمن"، وهو يتوافق مع رأي جمهور الفقهاء[1] في اعتبار الوقف بصيغة التأقيت باطل، وللمذاهب الإسلامية تفاصيل كثيرة في هذا الشان، يرجع إليها في كتب المذاهب، وقد ذهب فقهاء آخرون إلى إجازة تأقيت الوقف كالمذهب المالكي و الحنفي. ولقد حذت حذوهم قوانين عربية كثيرة حيث أجازت الوقف المؤقت وأخذت به في الوقف الخاص دون العام.

إلا أن المشرع الجزائري كان موقفه صريحا من خلال المواد التي تعرضنا إليها حول تأبيد الوقف بنوعيه عاما كان أو خاصا، ورتب البطلان على تحديد زمن الوقف مهما كانت مدته، فلو قال الواقف: "جعلت أرضي موقوفة سنة أو سنتين ... الخ" كان وقفه باطلا، لأن اشتراط ما يمنع التأبيد يبطل الوقف.

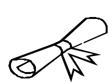
3. عدم اقتران الصيغة بشرط باطل:

والشرط الباطل الذي يبطل معه الوقف هو كل شرط يخل بأصل الوقف أو ينافي حكمه، مثال ذلك أن يقول الواقف: "جعلت أرضي هذه موقوفة على أن لي أن أبيعها متى شئت" ..... الخ. كان الوقف باطلا، لأن اشتراط ما يمنع التأبيد يبطل الوقف، ويقول الفقهاء ببطلانه باعتباره شرطا باطلا، والشرط الباطل يبطل معه الوقف.

علما وأن الفقهاء لا يطلقون هذا الحكم إلا على الأوقاف المتضمنة شروطا فاسدة، ليست باطلة. ففي هذه الحالة يبطل الشرط ويصح الوقف، كأن يقول: "وقفت داري على فلان على أن لا يسمح بالدخول إليها أحد".

---

[1] وهو أصحاب المذاهب السنية، مذهب الشافعي وأحمد، زيادة على بعض الشيعة الجعفرية والزيدية. ومنهم الظاهرية، وطبقا لذلك يبطل الوقف المؤقت، أما مالك رغم أخذه بالوقف المؤقت إلا أن أتباعه يقولون بالتأبيد.

وأما إذا اقترن الوقف بشرط باطل فإنه يبطل الشرط ويبطل معه الوقف، كأن ينص الواقف في وقفه على شرط احتفاظه بحق التصرف في العين الموقوفة بالبيع أو غيره متى شاء.

باستثناء حالة واحدة وهي وقف المسجد، فإنه يبطل الشرط ويصح الوقف لأجله.

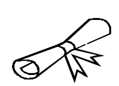
إلا أن المشرع وكما رأينا فإنه لو يفرق في حكمه بين الوقف المقترن بشرط باطل، أو المقترن بشرط فاسد، وإنما ساوى بين الشرطين في الحكم، فأقر بصحة الوقف وإسقاط الشرط.

والشرط الباطل هو كل شرط يخالف الشريعة الإسلامية وتعاليمها أو ما خالف الآداب العامة والأخلاق أيضا، حيث نص على هذا الشرط قانون الأوقاف رقم **10/91** في المادة **29** بقوله: "لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية، فإذا وقع بطل الشرط، وصح الوقف" فنص المشرع على أن الوقف والشرط يدوران صحة وبطلانا بما نصت عليه الشريعة. غير أن الشريعة تميز بين الشرط الباطل والشرط الفاسد طبقا للأحكام التي بيناها سابقا على أمل أن يعتمد المشرع هذا التمييز مستقبلا.

4. **<u>جواز اقتران الصيغة بالشروط الصحيحة:</u>**

إنه على خلاف ما قيل في الشروط الباطلة والفاسدة، فإن غيرها من الشروط لا يؤثر على الوقف، ذلك أن المشرع أكد على ضرورة احترام الشروط التي يضعها الواقف في وقفه، ما لم تخالف الشرع حيث جاء في المادة **14** من قانون الأوقاف السالف الذكر ما يلي: "اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة نهي عنها".

ولقد أيد القضاء هذا المبدأ في كثير من أحكامه وقراراته التي ما فتئ يؤكد من خلالها أنه من الواجب احترام إرادة الواقف، فيستطيع الواقف، أن يشترط في وقفه ما شاء من شروط من حيث مقداره وكيفية تنظيمه، واستحقاقه وإدارته، وذلك تماشيا مع أحكام الشريعة السمحاء، حيث جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله: "المؤمنون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلال". ولقد اتفق فقهاء الشريعة على أنه هناك شروط عشرة صحيحة لا شيء على الواقف إذا اشترطها، فله أن يوردها

متى شاء دون قيد، وهي شروط الواقفين التي كثر مجيئها في وثائق الأوقاف، وقد سميت في الاصطلاح الحديث بـ: "الشروط العشرة".

غير أن المشرع الجزائري لم يأت على ذكرها بطريقة مباشرة في قانون الأوقاف، وإنما جاءت على الإطلاق من خلال المادة **14** من نفس القانون والتي سبق ذكرها، والتي شملت كل اشتراطات الواقف التي يشترطها خلافا لما جاء في القوانين المقارنة والتي تبنت المصطلح الشرعي بلفظه: "الشروط العشرة" وصرحت بذلك في قوانينها[1]، إلا أن هذا لا يمنع من إبراز هذه الشروط بإيجاز، باعتبارها شروطا صحيحة لطالما اقترنت بالأوقاف على مر الأزمنة، وفي كل الأماكن، وإن لم تكن عشرة عند التحليل الدقيق، وهي على النحو التالي:

1. <u>الزيادة والنقصان:</u>

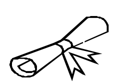
وهي أن يفضل الواقف بعض الموقوف عليهم على الباقين، بأن يزيد في حصصهم ما شاء، يأخذونه حين توزيع الغلة، وأن ينقص من حصص البعض الآخر من الموقوف عليهم، فإن هذا الشرط لا يؤدي إلى حرمانهم إنما التعديل في حصصهم إما بالزيادة أو بالنقصان، وليس لأحد الاعتراض على ذلك.

2. <u>الإعطاء والحرمان:</u>

ومفاده إعطاء منفعة العين الموقوفة كلها أو جزء منها لبعض الموقوف عليهم، وهذا هو الإعطاء وحرمان البعض الآخر منه سواء كان حرمانا مطلقا أو مقيدا، هذا الحرمان الذي ثار عليه الكثيرون عبر مر الأزمان وإلى أن وصل الحال بإلغاء الوقف الذي فيه حرمان لبعض الورثة والمستحقين من طرف القضاء وهو الأمر الذي كان السبب الأساسي في إلغاء الوقف الخاص في الكثير من التشريعات العربية والإسلامية المقارنة، ما عدا الجزائر التي وكما سبق بيانه وأنها تؤكد احترام إرادة الواقف واشتراطاته ما دامت مؤسسة على مذهب شرعي. ولقد أكدت المادة **14** من قانون الأوقاف السالف ذكره، غير أن موقف القضاء الجزائري متذبذب في أحكامه، حيث أكد صحة الوقف الذي يتضمن حرمان بعض الورثة وخاصة الإناث منهم، على اعتبار أن مؤسسه قد بناه

---

[1] إن المادة 12 من قانون الوقف المصري رقم 48 لسنة 1946، أباحت هذه الشروط ونصت عليها بقولها: "للواقف أن يشترط لنفسه لا لغيره، الشروط العشرة في وقفه، أو ما يشاء منها، وتكرارها على أن لا تنفذ إلا في حدود القانون" ونصت المادة 14 من قانون الأوقاف اللبناني على أنه: "للواقف اشتراط الشروط العشرة المعروفة شرعا لنفسه أو لغيره ضمن حدود هذا القانون"




على مذهب شرعي يجيز ذلك من جهة، ومن جهة أخرى تطبيقا لنص قانون مفاده اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف[1].

3. الإدخال والإخراج:

الإدخال هو جعل غير المستحق أهلا للاستحقاق، ويقابل الإدخال شرط الإخراج الذي هو جعل المستحق غير مستحق له، ذلك أن للواقف أن يدخل من يشاء، وأن يخرج من شاء من صفوف المستحقين، إذا كان قد اشترط لنفسه الإدخال ولإخراج في وثيقة الوقف.

وأما إذا أنشأ الواقف وقفه دون أن يذكر الشرط، نفذ الاستحقاق للعين الموقوفة على من جعل لهم ابتداء دون تغيير.

4. الإبدال و الاستبدال:

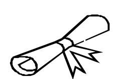
الإبدال هو إخراج العين الموقوفة، ببيعها مقابل مبلغ نقدي، والاستبدال هو شراء عين أخرى لتكون وقفا بدلا منها، وهما شرطان متلازمان، غير أن المشرع الجزائري ضبط مسألة استبدال الملك الوقفي بملك آخر، حيث جعل الأصل في هذه المسألة، هو عدم جواز الاستبدال، ووضع استثناء بالجواز في حالات عددها المشرع حصرا، حيث جاء في المادة **24** من قانون الأوقاف السالف الذكر ما يلي: "لا يجوز أن تعوض عين موقوفة أو يستبدل بها ملك آخر إلا في الحالات التالية:

- حالة تعرضه للضياع والاندثار.
- حالة فقدان منفعة الملك الوقفي مع عدم إمكان إصلاحه،
- حالة ضرورة عامة، كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام، في حدود ما تسمح به الشرعية الإسلامية.
- حالة انعدام المنفعة في العقار الموقوف، وانتفاء إتيانه بنفع فقط، شريطة تعويضه بعقار يكون مماثلا أو أضل منه،

تثبت الحالات المبينة أعلاه بقرار من السلطة الوصية بعد المعاينة والخبرة".

---

[1] تنص المادة 14 من القانون رقم 10/91 المتضمن قانون الأوقاف أن:"اشتراطات الواقف التي يشترطها في وقفه هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة نهي عنها".




من ذلك فإن المشرع يتحفظ على مسألة استبدال الملك الوقفي بملك آخر، إلا إذا كانت هذه العملية في مصلحة المكل الوقفي أو لظروف تفرضها حالة هذا الوقف، كل هذا مع ضرورة التأكيد على عدم الإضرار بحق الموقوف عليهم.

5. **التغيير والتبديل:**

إن لهذين الشرطان مفهوم واسع، يمكن الاستغناء بذكرهما عن باقي الشروط الأخرى، إلا أنه يضيف تفسيرهما إذا ذكر مع غيرهما من الشروط السابقة.

وباشتراط التغيير يكون بإمكان الواقف أن يغير سفة الوقف من خاص إلى عام، أو أن يغير مصارف الوقف في جعلها حصصا متفاوتة بعد ما كانت متساوية النسب، وله أن يغير من عدد المستحقين فيخرج من يشاء منهم، أو يدخل عليهم من شاء، في استحقاق المنفعة، هذا هو مفاد اشتراط التغيير للواقف.

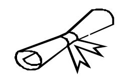
وأما التبديل فيقصد به المقايضة، أي مقايضة عين الوقف بأخرى تكون وقفا بديلا[1].

ويتسع كما أسلفنا مفهوم التغيير والتبديل إذا ذكرا منفردين في الوقف، بأن يشمل كل الشروط الأخرى لأن كلمة التغيير تشمل كل تغيير في مصرف الوقف وكلمة التبديل تشمل كل تبديل في العين الموقوفة.

ويضيق تفسيرهما إذا ذكرا مع الشروط السابقة، بمقدار ما يذكر معها من شروط فيشملان كل الشروط السابقة ما عدا ما ذكر من تلك الشروط.

غير أنه وكما سبق قوله، بأن هذه الشروط لا تكون عشرة عند التحليل إذ لم تشمل هذه الشروط كل ما يمكن للواقف اشتراطه عند الوقف، ولقد ألأحق الفقهاء بهذه الشروط شرطان آخران لا يقلان أهمية عن بقية الشروط الأخرى، ولقد تعرض لهما الشيخ أبو زهرة، بالتوضيح في كتابه المتضمن محاضرات في الوقف وهما: التفضيل والتخصيص، وإن كانا يتقاربان كثيرا مع شرطي الزيادة والنقصان وشرطي الإعطاء والحرمان، وبذلك يكون للواقف أن يجعل لنفسه أو لمتولي الوقف حق تفضيل بعض المستحقين إذا شاء، أو تخصيص بعضهم بالغلة كلها، فترة من الزمن، ثم

[1] والتبديل بهذا المعنى يختلف عن الإبدال الذي هو إخراج العين الموقوفة ببدل نقدي وعن الاستبدال الذي هو شراء عين أخرى بدلا من العين التي تم بيعها.




تعود الغلة إلى المستحقين جميعا دون استثناء، وفق حصصهم المحددة ابتداء.

وقبل ختام هذه الشروط، ينبغي القول بأن صحة هذه الشروط، متوقف على:

أولا: أن تصدر هذه الشروط عن الواقف دون سواه.

ثانيا: أن تقترن هذه الشروط عند إنشاء الوقف، فإن تم الوقف دون اشتراطها فليس للواقف اشتراط شيء منها بعد ذلك.

ثالثا: أنه لا يجوز التراجع عن هذه الشروط إلا في حالتين:

أ. حالة ما إذا احتفظ الواقف لنفسه بحق الرجوع حين انعقاد الوقف، وذلك طبقا للمادة **15** من قانون الأوقاف السالف الذكر، حيث جاء فيها أنه: "يجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك حين انعقاد الوقف".

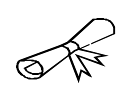
ب. يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه، إذا كان منافيا لمقتضى الوقف وأحكامه، او ضارا بمحل الوقف او بمصلحة الموقوف عليهم، وتعود للقاضي السلطة التقديرية في ذلك طبقا لأحكام المادة **16** من نفس القانون.

<u>القسم 4</u>: <u>الموقوف عليهم</u>.

الموقوف عليهم هم كل من يستحق الانتفاع بالعين الموقوفة، بمقتضى حجة الوقف، سواء كان الموقوف عليه الواقف ذاته وهو الوقف على النفس، او غيره من ذوي القربى أو مواضع البر والإحسان، وهي جهات كثيرة ومتعددة، سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين وفي ذلك نصت المادة **13** من قانون الأوقاف السالف الذكر على أن: "الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف، ويكون شخصا معلوما طبيعيا أو معنويا".

<u>أولا</u>: <u>الوقف على النفس</u>.

الوقف على النفس هو أن يجعل الواقف لنفسه الغلة من العين الموقوفة كلها أو جزءا منها ما دام حيا، كما لو قال: "أرضي هذه صدقة موقوفة أبدا لفلان أو للجهة الفلانية على شرط أن تكون غلتها لي ما دمت حيا".

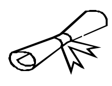
إلا أن حكم الوقف على النفس فيه خلاف بين الفقهاء حول مدى جوازه، فقال بعضهم بعدم صحة الوقف على هذا الوجه لأن الوقف تبرع، واشتراط الواقف الغلة لنفسه يبطله[1].

ويقول البعض الآخر بجواز الوقف على النفس ثم على جهة بر يعينها الواقف، وهو المشهور، فيصح لديهم الوقف والشرط معا.

لكن يبقى موقف المشرع الجزائري غير واضح في هذه المسألة، إذ يعتريه غموض ليس في صالح التشريع الوقفي الذي يعزز مكانة الوقف في البلاد، حيث نجد ان المشرع لم يتطرق إلى هذه المسألة منذ الاستقلال، إلى غاية صدور قانون الأسرة الجزائري رقم **11/84** المؤرخ في: **09** يونيو **1984** ليقرر المشرع صراحة بجواز وقف الشخص على نفسه، وهذا تطبيقا لنص المادة **214** منه التي تنص على أنه: "يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبس مدة حياته، على أن يكون مال الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعنية".

وهو الموقف الذي يتماشى مع المذهب الحنفي، الذي يجيز الوقف على النفس، ليعود الغموض على هذه المسألة ثانية، بعدما خصص المشرع للوقف قانونا خاصا به في الجزائر وهو القانون رقم **10/91** المؤرخ في: **27** أفريل **1991** المتضمن قانون الأوقاف، والذي كان ينتظر منه أن يجيب على كل المسائل المتعلقة بالوقف، ومن أهمها مدى جواز الوقف على النفس، إلا أنه قد زاد هذا القانون الأمر غموضا، إذ أنه وبالرجوع إلى نص المادة **2/06** منه و التي تنص على أن: "الوقف الخاص هو ما حبسه الواقف على عقبه من الذكور والإناث، أو على أشخاص معينين، ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم"، حيث أن المشرع وكما سبق التطرق إليه أثناء معالجة الوقف الخاص في التشريع الجزائري أنها أسقط الوقف على النفس، هذه المادة ومن جملة الموقوف عليهم الذين عددهم المشرع دون أن يشير صراحة إلى مدى جواز الوقف على النفس ليكون تراجعا محتشما منه عن جواز وقف الرجل على نفسه، مما سمح الأمر لكل جهة بالعمل بالرأي الذي تراه مناسبا، حيث كانت المعاملات والعقود المتعلقة بالوقف في الجزائر، تعتمد على جواز الوقف على النفس، مستندة في ذلك إلى نص قانوني واضح في قانون الأسرة وإلى نص شرعي مفاده قول رسول الله

[1] وهو قول جمهور الفقهاء، وأهل البصرة، وقول مالك وهو الأمر الوارد في محاضرات الشيخ أبو زهرة، المرجع السابق، ص178، وأرجع: كتاب الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي للدكتور وهبة الزحيلي، المرجع السابق ذكره، ص 189.

صلى الله عليه وسلم: "نفقة الرجل على نفسه صدقة" وأنه كان أيضا صلى الله عليه وسلم يأكل من صدقاته الموقوفة، ولا يكون ذلك إلا بالشرط.

وقوله صلى الله عليه وسلم أيضا: "إبدأ بنفسك فتصدق عليها". وأن عمر رضي الله عنه قد وقف أرضا بخيبر وجعل لمن ولي صدقاته التي وقفها أن يأكل منها بالمعروف، ولم يكن ثمة مانع من أين يليها هو، وأن أنسا رضي الله عنه وقف دارا بالمدينة فكان إذا قدم إلى الحج نزلها، وكذا الصحابة والتابعين، وهذا يدل على أن انتفاع الواقف بالوقف لا ينافي مقتضاه، لتكون هذه الأدلة سندا في صحة هذا التصرف، والذي تؤيده المحكمة العليا في قضائها، وقراراتها ، حيث أكدت في قرارها الصادر في **1994/03/30** على انه يجوز للواقف أن يحتفظ بمنفعة الشيء المحبوس مدة حياته على أن يكون مال الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعينة[1]، وأجازت المحكمة العليا أن يكون الوقف معلقا بعد وفاة المحبس[2].

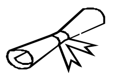
وهو موقف حاسم، صدر في وقت فيه الأوقاف بحاجة إلى حصانة قضائية.

ثانيا: الوقف على الأهل.

ولقد سمي بالأهلي، لصرف منافعه على الأهل والأقربين للواقف، فقد يخص الشخص أولاده ببعض أمواله، وقد يؤثر زوجته أو زوجاته حسب الحالة، وقد يصرف وقفه إلى ذوي القربى من ذوي رحمه، وكل ذلك سبق التطرق إليه في الوقف الخاص، وهو من القربات[3]، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "صدقة الرجل على غير رحمه صدقة، وصدقة الرجل على رحمه صدقة وصلة". ويعتبرون من الموقوف عليهم وهم في نظر القانون كذلك يتوقف استحقاقهم للوقف على قبولهم له، فإن رفضوه يكون بمثابة التنازل عن حقهم في ذلك الاستحقاق، غير أن التنازل لا يعتبر إبطالا لأصل الوقف، طبقا لنص المادة **19** من قانون الأوقاف السالف الذكر، وإنما يتحول بقوة القانون من وقف خاص إلى وقف عام بنص المادة **07** من نفس القانون.

---

[1] قرار رقم 109957 مؤرخ في: 1994/03/30 م ق لسنة 1994، عدد 03، ص39.
[2] قرار رقم 102230 مؤرخ في: 1993/07/21 م ق لسنة 1995، عدد 02، ص77.
[3] اعتبر بعض الفقهاء بأن الوقف على الأهل ليس فيه قربة، وإنما اعتبروه حوبا وتفضيلا لبعض الأهل عن الباقين، وهو قول الحنفية والسبب في عدم إجازته.

غير أن العبرة في التطرق لمثل هذا النوع من الوقف ثانية، هي تبيان النوع الآخر من الموقوف عليهم، فكما يقف الواقف على نفسه، فقد يقف على أهله وذريته، وهو الأصل في الوقف.

غير أن الوقف على الذرية قد يطرح إشكالا جديا، والذي يدور حول مسألة حصر الاستحقاق على الذكور دون الإناث، فما هو موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة؟

لذلك نتناول هذا الافتراض بالتحليل على النحو التالي:

- مدى جواز الوقف على الذكور دون الإناث: إن الوقف على هذا النحو، أصبح موضع جدال واسع، فلقد رأى فيه الباحثون تحايلا على نظام المواريث، وتصرفا غير مقبول من الواقف يستدعي إعادة النظر في النصوص القانونية المنظمة للوقف من هذا الجانب[1].

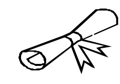
مستندين في ذلك على قواعد الميراث التي تجعل للذكر مثل حظ الأنثيين، ومن ثمة يكون حرمان الإناث من الاستحقاق في الوقف باطلا، محتجين في ذلك إلى قول الإمام مالك بأن: "الوقف إن لابسته معصية، كما لو وقف على بنيه دون بناته، بطل لأنه عندئذ أشبه بما كان يفعله العرب الجاهليون، من حرمان البنات من الإرث".

غير أن المشرع الجزائري وكعادته، سكت عن هذه المسألة ولم يتناولها بنص صريح رغم أنه خص مبطلات الوقف بفصل كامل من قانون الأوقاف رقم **10/91** وهو الفصل الخامس، حيث لم يعتبر هذا التصرف كسبب لإبطال الوقف، وإنما أكد في مواضع كثيرة من هذا لقانون، على ضرورة احترام إرادة الواقف، والشروط التي يشترطها في وقفه على عمومها، دون أن يستثني شرط الحرمان، بل أن الفقهاء أقروا صحة اشتراطها كما سبق الإشارة إلى ذلك في "الشروط العشرة" التي يملك الواقف اشتراطها.

وأنه القول المشهور عند الحنفية، والذي يتبين وان معظم الأوقاف في الشرق الجزائري على الخصوص، قد نشأت وفق هذا المذهب

---

[1] ارجع في ذلك: د.زواوي فريدة، مقال حول الوقف الخاص، مجلة الموثق، عدد 5، لسنة 1998، ص39.




في معظمها إن لم نقل كلها[1]، منذ بداية القرن **16** إلى وقتنا هذا، مما جعل القضاء الجزائري، أمام عقود وقفية كثيرة، أسسها أصحابها على هذا المذهب، فلم يستطع القضاء تجاهلها أو نكرانها ما دامت مؤسسة على مذهب شرعي، مما اضطرها إلى الإقرار بصحتها واجتنبت نقضها، باعتبار أن القاضي مهمته تنحصر في تطبيق إرادة المحبس، وليس له أن يقيم صاحب المذهب الذي أخذ عنه الواقف إذا كان على صواب أم على خطأ، لأنه ليس أهلا لذلك.

وفي ذلك قرار للمحكمة العليا مؤرخ في: **1986/05/05** يقضي بأن: "الحبس هو عقد خصه الفقه، وقيده بشروط خاصة، مما لا يمكن اعتباره كوصية بل عقد صحيح يخضع لإرادة المحبس، ولا يمكن إبطاله بأي وجه من الأوجه، ما دام أن مؤسسه قد بناه على قواعد فقهية ثابتة معمول بها وقتئذ ولا يعاب على الواقف اختيار المذهب في ذلك، ولا إخراج من شاء من المحبس عليهم"[2].

كما أن القضاء الجزائري اعتبر أن مقارنة الوقف بقواعد الميراث خطأ في فهم نظام الوقف وأسسه، إذ يخرج عن تلك القواعد ويستقل عناه تمام، وانه من المقرر في الشريعة الإسلامية أنه خلافا للقواعد الإجبارية الجارية على المواريث، فإن أيلولة الحبس تخضع مبدئيا لإرادة المحبس، ومن ثم فإنه لا يمكن إبطال الوقف على أساس اختيار مؤسسه المذهب الحنفي الذي يسمح بإخراج الإناث، شريطة أن يجعل لهن عند الاحتياج حق الانتفاع بالأملاك المحبسة[3]، كما يرى القضاء في الجزائر بأنه ليس لأحد انتقاد هذا المذهب إلا إذا كان فقيها في الشريعة الإسلامية، عالما بمقاصدها، وأنه ليس للقضاة انتقاده، وإنما تطبيق إرادة الواقف إذا تبناه[4].

ولقد طرحت العديد من قضايا الحبس الذي يتضمن حرمان الإناث منه دون الذكور، بغية الحصول على رأي المجلس الإسلامي الأعلى

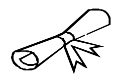
---

[1] Sofie Ferchiou, "Catégorie des sexes et circulation des bienshabous" dans FErchiou, dir HsabV Nasab.O.Pesle, la société et le partage de la rite Malékite ,Casablanca, Impr. Réunies; 19…, P255.

[2] قرار رقم 42971 مؤرخ في: 1986/05/05 ، غير منشور.

[3] قرار مؤرخ في: 1971/03/17، نشرة القضاء، 1972، عدد 2، ص76.

[4] أنظر في ذلك: حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، دار هومة، الجزائر، 2003، ص214.




بالجزائر[1]، حول هذه المسألة، ولقد كان رده يخالف تمام ما قضت به الاجتهادات القضائية وما أغفله قانون الأوقاف في هذا الشأن، وخير مثال على ذلك رده على مسألة طرحت أماه بتاريخ: **15** مارس **1982** حيث جاء في نصه ما يلي:

"**....** وقد نص فقهاؤنا على بطلان التحبيس على الذكور دون الإناث، قال خليل بن إسحاق في مبطلات الحبس (أو على بنيه دون بناته) يعني بذلك (وبطل الحبس إن حبسه الواقف على بنيه الذكور دون بناته الإناث).

قال الدردير (وعلل لأنه يشبه فعل الجاهلية من حرمان البنات من إرث أبيهن)

إن مثل هذا الوقف قد احتال لمنع الإناث من إرث أبيهن.

... بناء على ما تقدم بيانه من الإجحاف اللاحق بالإناث في هذا الحبس، وحرمانهن من الانتفاع به إلا تحت شروط ثقيلة منافية لسماحة الشريعة الإسلامية ونصوصها وأقوال الفقهاء، فإن الحبس باطل يجب فسخه ورجوع الأملاك المذكورة ملكا لأصحابها الشرعيين تقسم بينهم على حسب الفريضة يوم مات الهالك"

ورغم ذلك فإن القضاء لا زال مصرا على موقفه في هذه المسألة.

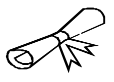
<u>ثالثا:</u> <u>الوقف على جهات البر</u>.

وجهات البر في الإسلام كثيرة ومتعددة، والمستحقين للإحسان في المجتمع كثيرون، فقد يكون الموقوف عليهم: مسنين عجزة، أو مراكز المعوقين، أو المستشفيات، أو الجمعيات الخيرية، ودور الأيتام، بل وقد تنصرف حتى إلى تجهيز الجنود وقت الحروب والأزمات، وقد يكون الموقوف عليهم شباب محتاج إلى الزواج، أو نساء أرامل وثكلى، وكلهم جهات بر ومواضع قربات الله عز وجل، وغيرها كثير وكثير، لا يكمن عدها ولا إحصائها.[2]

---

[1] تأسس المجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر سنة 1966، ترأسه الأستاذ الشيخ الصديق سعدي التبسي رحمه الله، وضم هذا المجلس كوكبة من العلماء البارزين أمثال الشيخ محمد الصالح بن عتيق والشيخ عباس بن الشيخ الحسين، والشيخ السعيد صالحي، والشيخ أحمد حسين، والشيخ علي المغربي، والشيخ نعيم النعيمي، والشيخ الجيلالي الفرسي، والشيخ حمزة أبو كوشة، ليترأسه في سنة 1972 الشيخ أحمد حماني.

[2] أنظر التعليق الوارد في أنواع الوقف، القسم1: الوقف العام، من هذه المذكرة.

غير أن للموقوف عليه مهما كانت صفته، فإنه ينبغي أن تتوافر فيه جملة من الشروط، ليكون أهلا لاستحقاق منفعة العين الموقوفة، نوردها في الآتي:

<u>شروط الموقوف عليه:</u>

وهي شروط نص عليها الشارع في بعضها، وترك بعضها لأحكام الشريعة الإسلامية، ومن الشروط التي نص عليها المشرع من خلال قانون الأوقاف رقم **10/91** ما يلي:

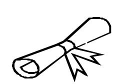
1. أن يكون الموقوف عليه شخصا معلوما: وهذا الشرط وارد بنص الشارع في المادة (**13**) من القانون السالف الذكر، وهو أن يكون الموقوف عليه شخصا معلوما، فلا يصح الوقف على مجهول، كما لو قال: (وقفت داري هذه على أحد أبنائي) وسكت عند هذا

فيكون وقفا غير صحيح لكون الموقوف عليه مجهولا، ومن ثمة تعين صرف غلة الوقف إلى أناس معلومين، سواء بالاسم أو بالوصف كما لو قال: (وقفت أرضي على صغار أولادي) فيكون الوقف على الصغر خاصة، ويعتبر الاستحقاق لمن كان صغيرا وقت الوقف لا وقت ظهور الغلة، وبهذا الرأي يكون المشرع قد استبعد الرأي الفقهي القائل بجواز الوقف على المجهول[1]،ولقد اكتفى المشرع في ذلك، بأن يكون معلوما إذا كان شخصا طبيعيا أو معنويا، مع العلم بأن جل الأوقاف يكون الموقوف عليه فيها في الغالب شخصا طبيعيا وهذا حسب ما حددته نص المادة (**13**) من قانون الأوقاف التي جاء فيها أن:

(الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف، ويكون شخصا معلوما، طبيعيا أو معنويا) غير أنه مجرد أن يكون الموقوف عليه شخصا طبيعيا أو معنويا، لا يحقق العلم، فلا يكون معلوما بذلك، إذ الشخص الطبيعي حتى يكون معلوما، ينبغي ذكر اسمه أو وصفه، إذا كان الوصف مما لا يختلط معه المستحقين بغير المستحقين، كما في المثالين اللذين ذكرناهما سالفا في التعيين بالاسم أو بالوصف.

---

[1] وهو موقف الإمام مالك، وأيده أبو حنيفة.




وأما الأشخاص المعنوية فكما وضحت لنا المادة (**08**) من القانون السلف ذكره، من أنها تتجسد في المساجد والجمعيات الخيرية والمؤسسات والمشاريع الدينية ... إلخ.

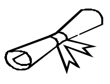
2. أن يكون الموقوف عليه موجودا: وهو شرط اشترطه المشرع في صحة استحقاق الموقوف عليه للعين الموقوفة وهو الوجود، فقد نص في المادة (**13**) الآنف ذكرها على أن:

(الشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجوده ...)، وهي المسألة التي عرفت جدالا كبيرا وخلافا بين الفقهاء في مدى جواز الوقف على غير موجود، أو لمن يحتمل وجوده مستقبلا كالجنين مثلا، فبعض الفقهاء يرى عدم جواز الوقف على الجنين حتى يولد حيا، باعتبار أنه في حكم غير الموجود[1]، والبعض الآخر يرى بأنه يجوز هذا الوقف ويصح سواء كان موجودا أم غير موجود كالجنين قبل ولادته[2].

غير أن المشرع الجزائري باشتراطه في الموقوف عليه، أن يكون موجودا فإنه في حالة وقف الواقف على أولاده وله جنين عند الوقف لم يدخل، فغن ولد حيا بعدها شملته صفة المستحقين باعتباره من أولاد الواقف، وصحة استحقاقه تعتمد على وجوده، وبذلك فإن موقف المشرع الجزائري واضح من هذه المسألة، وهو عدم جواز الوقف غير موجود ويؤكده من قبل القانون المدني[3] حين نص في المادة (**25**) منه بأنه: "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا، وتنتهي بموته.

على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا"

[1] وهو رأي الشافعية والحنابلة.
[2] وهو رأي المالكية والأحناف.
[3] قانون رقم: 05-10 مؤرخ في يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر: 75-58 المؤرخ في : 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم – الجريدة الرسمية عدد 44 الصادرة بتاريخ: 26 يونيو 2005- ص 21.




3. قبول الموقوف عليه الوقف: فلقد اشترط المشرع استحقاق الشخص الطبيعي للوقف أن يقبل ذلك الوقف، وجعل الوجود والقبول شرطان متلازمان.

فصحة الوقف كما أسلفنا متوقفة على الإيجاب من طرف الواقف، ولكن نفاذه في حق الموقوف عليه تستلزم قبول هذا الأخير له، حيث نص في المادة (**13**) السالفة الذكر أن:

(الشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجوده وقبوله ...)

ولكن ما حكم الوقف الذي يرفضه الموقوف عليه؟

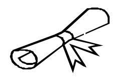
إن هذه الحالة ورغم أنها تكاد تكون نادرة، إلا أن القبول يبقى دائما شرطا لنفاذ الوقف في حق الموقوف عليه، ولكن إذا تخلف هذا الشرط فإنه لا يصرف إليه شيء من منفعة العين الموقوفة، لأنه لا يمكن إدخال شيء في ذمة إنسان بدون رضاه، حتى ولو كان الشيء نافعا له.

وللقبول صور متعددة لم يذكرها المشرع، وهي كون القبول قد يكون بالقول – وهو المشهور- كما قد يكون بالقبض وفي هذه الحالة فإنه يعني القبض بالفعل عن القبول بالقول[1]، وكلا الحالتين تعتبران طرق صريحة، وهناك صورة أخرى ضمنية هي، انعدام التصريح بالقبول قولا، أو قبضا ولكنه لم يرد الوقف، فاكتفى بعدم الرد، وهو أمر جائز.

ويشترط القبول من الموقوف عليه شخصيا، فإن كان صغيرا قام وليه، وهو حكم يؤكده موقف المجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر، بموجب الفتوى الصادرة عنه بتاريخ **15** مارس **1982**م[2].

4. أن يكون أهلا للتملك: وهو شرط اتفق عليه كل الفقهاء، فالموقوف عليه إذا كان مجهولا أو معدوما لم يكن أهلا للتملك بنص القانون،

[1] وهو المشهور على مذهب مالك وأصحابه، والمذاهب السنية الأخرى، إضافة إلى مذهب الإمامية.
[2] الشيخ أحمد حماني:استشارات شرعية ومباحث فقهية –الجزء2- منشورات قصر الكتاب –الجزائر –طبعة 1-2001 ص 235.




ويشمل هذا الشرط كافة الشروط التي سبق التطرق إليها، فمن سقط شرط في ذمته كان غير أهل لتملك المنفعة على العموم.

ولكن يطرح التساؤل حول القاصر والجنون، والمعتوه، والسفيه، وذي الغفلة، هل يعتبرون جميعا أهلا للتملك أم لا؟

لم يشير المشرع الوقفي الجزائري لهذه المسألة، وسكوته هو إحالة غير مباشرة إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب نص المادة **(02)** من قانون الأوقاف، ولا يوجد في حكم الشريعة الإسلامية ما يمنع صرف المنفعة في الوقف للموقوف عليه إذا كان قاصرا، فلو كان كذلك فإنه يقبض الغلة عنه وليه، وإن صغر السن لم يكن أبدا مانعا من قبول التبرعات والصدقات، وإن استحقاق الجنين للوقف بمجرد ولادته حيا، لدليل على إسقاط عامل السن من الاستحقاق.

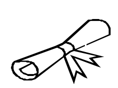
كذلك الأمر بالنسبة للسلفية وذي الغفلة، فينزلان منزلة ناقص الأهلية في الحكم، مما يؤهلها لتقبل التبرعات والصدقات، باعتبارها تصرفات نافعة لهما نفعا محضا.

وأما المجنون فيقبل عنه القيم عليه، إذا كان محجورا عليه، أو وليه أو من يقوم على رعايته ذلك لقوله (صلى الله عليه وسلم):" إن لكم في كل كبد رطبة أجرا" أي يجوز الصدقة على كل حي.

5. أن لا يشوب الموقوف عليه ما يخالف الشريعة: وهذا النص مقررا لصحة كل المعاملات، ليس في الوقف فحسب، ولقد أكد المشرع من خلال المادة **(13)** السالف ذكرها، على ضرورة موافقة الموقوف عليه للشريعة، ومفاده أن لا يكون معصية، أو قائما عليها، فالشيء المحظور هو الوقف على المعاصي، والمحرم كالوقف على: دور اللهو، أو على كنيسة، ... إلخ.

لأن أساس الوقف وهدفه هو التقرب من الله، ولا يتقرب المسلم إلى الله بالإنفاق على معصية (فالله طيب لا يقبل طيبا)، ومن ثمة ينبغي أن يكون الموقوف عليه جهة بر، مثل الوقف على: الفقراء، والعلماء، والمساجد، والمشافي، والملاجئ والحج ...إلخ.

واكتفى المشرع الجزائري في ذلك باشتراط أن يكون الموقوف عليه لا يشوبه ما يخالف الشريعة، إلا أنه قرن هذا الشرط




بالشخص المعنوي، في حين أن هذا الشرط هو الأصل في الجهة الموقوف عليها، سواء كانت أشخاصا طبيعيين أو معنويين.

6. أن يحترم الموقوف عليه أحكام الوقف وشروطه: وهو شرط مهم في محافظة الموقوف عليه على استحقاقه الدائم بالعين الموقوفة، وأمر يتوقف على احترامه لإرادة الواقف، وتنفيذ الشروط التي ضمنها وقفه، حيث جاء في المادة (**17**) من قانون رقم: **10/91** بأنه يؤول حق الانتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف وشروطه، ومن ثمة فإنه لا يجوز للموقوف عليه التصرف في أصل الملك الوقفي بتاتا ، بأية صفة من صفات التصرف، طبقا لأحكام المادة (**23**) من نفس القانون، ولا بتغيير العين الموقوفة أو استبدالها، إلا في الأحوال المنصوص عليها في المادة (**24**) السالف ذكرها.

وفي الأخير فإنه مهما تنوعت الشروط التي يضعها الواقف في وقفه، فإنها متوقفة على نفاذ ذاته، خاصة إذا تعلق الأمر بوقف العقار، إذ لا عبرة من وقف حتى ولو كان صحيحا ما لم يكن نافذا، وهو ما سوف نتطرق إليه في الفرع الثاني، المتضمن: شروط نفاذ الوقف، على النحو الآتي:

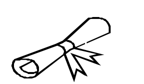
الفرع الثاني: شروط نفاذ الوقف.

إنه وبعد التطرق بالتعليل المعمق لأركان الوقف، كل ركن على حدة، وأبرزنا مواطن التوافق والتضارب في كل ركن من خلال عرضه على قانون الأوقاف رقم: **10/91**، فإن توافر هذه الأركان ضروري، وإلا كان الوقف باطلا.

غير أن صحة الوقف وحدها لا تؤدي الغرض منه، ولنفاذ الوقف شروطا وأحكاما يتطلبها القانون حتى ينتج الوقف آثاره، نجملها في الآتي:

القسم 1: الرسمية في عقد الوقف .

ينبغي التأكيد على أن الفقه الإسلامي، لم يشترط الرسمية على الوقف كشرط لصحته، ولكن قانون الأوقاف رقم: **10/91** اشترط في مادته (**41**) هذه الرسمية لصحته، حيث جاء فيها ما يلي: (يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق ...) ومفاد ذلك هو الرسمية على اعتبار أن الوقف عقد من




العقود الشرعية التي اهتم القانون بتنظيمها، وباعتبار الوقف في أغلبه منصب على عقارات، أو يرتب حقوقا عينية على عقار، لذلك فإنها تخضع في ذلك لما هو وارد في نص المادة (**324 مكرر1**) من القانون لمدني الجزائري[1]، التي تقيد الأفراد في هذا المجال بضرورة صب هذه التصرفات في شكل رسمي[2].

فالمشرع الجزائري إذا استوجب من خلال قانون الأوقاف رقم: **10/91** الرسمية، شأنه في ذلك شأن قانون الأسرة رقم: **11/84** السالف الذكر، بحيث قرر بأن الوقف لا يثبت إلا من خلال تصريح أمام الموثق وتحرير عقد بذلك، وهو شرط الرسمية الذي قررته المادة (**191**) من قانون الأسرة والذي يخص الوصية، ويمتد ليشمل الوقف أيضا بحكم نص المادة (**217**) من ذات القانون.

ولكن ما حكم الأوقاف التي احتوتها عقودا عرفية أنشئت قبل صدور قانون الأسرة وقانون الأوقاف؟.

والجواب هو الحكم بصحتها شريطة أن تكون محررة بشكل كامل غير منقوص، ومؤرخة، وموقعة من طرف الواقف[3]، والحكمة في صحتها وقبولها سببين:

أولهما: أن الحبس لم يكن يخضع للرسمية لأنه من عقود التبرع، التي تدخل في أوجه البر المختلفة.

وثانيهما: هو عدم إمكانية تطبيق قانون الأسرة وقانون الأوقاف بأثر رجعي.

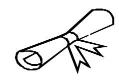
كل ذلك مقرر لصحة العقد، وأما الأثر العيني فيبقى متوقف على إجراءات أخرى نتعرض لها بالدراسة:

القسم 2: تسجيل عقد الوقف .

[1] قانون رقم: 14/88 المؤرخ في: 03 مايو 1988، يعدل ويتمم الأمر: 58/75 المؤرخ في: 1975/09/26 المتضمن القانون المدني.

[2] يحي بكوش –أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي – دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة- المؤسسة الوطنية للكتاب –الجزائر- ص 428.

[3] لوصيف نجاة – الرسمية والتسجيل والشهر في نقل الملكية العقارية- التصرفات القانونية الصادرة بإرادة منفردة "الوقف"-المعهد الوطني للقضاء




إن الأملاك الوقفية باعتبارها الصنف الثالث من أصناف الملكية العقارية، حسب التصنيف الذي جاء به قانون التوجيه العقاري رقم **25/90**، حيث أكدت على الأملاك الوقفية المادة **23** منه.

وأن المشرع قد اشترط التسجيل لكل معاملة ترد على عقار، أو أي تصرف يقع على الملكية العقارية بكل أنواعها والعقارات الوقفية معنية هي الأخرى بهذا الشرط باعتبارها من بين أصنافها.

ليؤكد المشرع على هذا الشرط بعد ذلك، عندما أصدر قانونا خاصا بالأوقاف سنة **1991** حيث أكد على وجوب تسجيل عقد الوقف، واعتبره كقاعدة عامة تشمل كل العقود الوقفية، حيث نصت المادة **41** من قانون **10/91** على: "... وأن يسجل لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري"، ويتم ذلك أمام مفتشيات التسجيل المختصة إقليميا، حتى يتمكن الأطراف من شهره فيما بعد.

علما بأن عقد الوقف معفى من رسوم التسجيل بنص المادة **44** من القانون السالف الذكر، "تعفى الأملاك الوقفية العامة من رسوم التسجيل والضرائب والرسوم الأخرى، لكونها عمل من أعمال البر والخير".

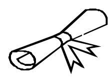
غير أنه لا يفهم قصد المشرع الجزائري من إعفاء الوقف العام دون الوقف الخاص من هذه الرسوم ذلك أن تبريره لإعفائها من هذه الرسوم هو أنها أعمال بر وخير، وهي الصفة التي تنطبق أيضا على الوقف الخاص[1]، مما لا يفهم منه أن المشرع يفرق بين النوعين في هذا المجال، سوى تشجيعا من المشرع على الوقف العام وتحبيذا فيه على الوقف الخاص.

<u>القسم 3</u>: <u>شهر العقود الوقفية .</u>

يقصد بالشهر، العلانية، والغرض منه إعلام الغير بما ورد على العقار من تصرفات، إن الشهر واجب على العقود المنصبة على العقار، وباعتبار الوقف من الحقوق العينية الواردة على عقار، فإنه لا يكون نافذا فيما بين الأطراف أو اتجاه الغير إلا من تاريخ شهره، فيكون بذلك حجة على هذا الغير.

---

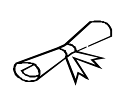
[1] قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "صدقة الرجل على غير رحمه صدقة، وصدقة الرجل على رحمه صدقة وصلة" وهو دليل في اعتبار الوقف الخاص من أعمال البر والخير.




ولنشوء هذا الحق العيني يتطلب الأمر بالضرورة التطرق إلى دور المحافظ العقاري في هذا المجال، والذي لا يمكن التغاضي عنه وفعاليته، من خلال الصلاحيات التي منحه إياها المشرع من خلال التدقيق في العقد وتفحصه والتأكد من استيفائه لجميع الأركان، والشروط التي استوجبها القانون له، وكل ذلك تحت طائلة رفض إشهارها من طرف المحافظ العقاري، وكذلك الشأن بالنسبة للعقود الوقفية التي لم يراعي أصحابها إجراءات التسجيل القانوني، فإن عقد الوقف المتعلق بعقار يكون محلا لرفض الإيداع من طرف المحافظ العقاري، وذلك تطبيقا لنص المادة **100** من المرسوم **63/76** المؤرخ في **25** مارس **1976** المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ومن خلال ذلك يتبين لنا أهمية هذه العقود من خلال ما أولاها المشرع به من ضبط وتقنين وعناية، فلقد ضبطها لمشرع بما ضبط به غيرها من العقود والتصرفات المنصبة على عقار، من خلال نصوص كثيرة متفرقة منها، نص المادة **793** من القانون المدني الجزائري، وكذا نص المادة **15** و **16** من الأمر رقم **74/75** المؤرخ في: **1975/11/12**، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وكذا ما أكدته المادة **41** من قانون الأوقاف رقم **10/91.**

فوفقا لهذه النصوص فإن لا يكون له وجود، إلا بقيده في مصلحة الشهر العقاري، رغم انعقاده صحيحا، وذلك بغية حماية العقار الوقفي من التعدي من طرف الغير وبسط رقابة الدولة على العقارات الوقفية عبر التراب الوطني، وهو ما قصدته المادة **41** من قانون الأوقاف السالف الذكر بنصها على ضرورة إحالة نسخة من عقد الوقف المشهر إلى السلطة المكلفة بالأوقاف.

وإنه وبعد التعديلات التي طرأت على قانون الأوقاف رقم: **10/91**،استحدثت سجلات عقارية خاصة بالأملاك الوقفية، يتم فيها تسجيل جميع العقارات الوقفية بعد إجراء عملية جرد عامة من طرف مصالح أملاك الدولة، بالموازات مع الجماعات المحلية، ليتم التثبيت وجرد الأملاك الوقفية نهائيا في هذا السجل الخاص مع إشعار السلطة المكلفة بالأوقاف، ولقد جاء استحداث هذه العملية بعد صدور القانون رقم: **07/01** المؤرخ ف: **22** مايو **2001** الذي يعدل ويتمم القانون رقم: **10/91**: المؤرخ في: **27** أفريل **1991**، والمتعلق بالأوقاف حيث جاء في المادة **(08 مكرر)** منه ما يلي: (تخضع




الأملاك الوقفية لعملية جرد عام حسب الشروط والكيفيات والأشكال القانونية والتنظيمية المعمول بها

يحدث لدى المصالح المعنية بأملاك الدولة سجل عقاري خاص بالأملاك الوقفية، تسجل فيه العقارات الوقفية، وتشعر السلطة المكلفة بالأوقاف بذلك.)

ويستفاد من ذلك أن الرسمية لوحدها غير كافية لنفاذ ما جاء في العقد بل يجب تسجيله وشهره لدى مصلحة الشهر العقاري"المحافظة العقارية".

ولقد حددت وزارة الاقتصاد سابقا، النموذج الرسمي الذي يجب أن يحترمه الموثقون في كل عملية إيداع عقد وقف لشهره، وذلك من خلال التعليمة رقم **03905** الصادرة بتاريخ: **1990/12/18** على النحو التالي تبيانه في الملحق من هذه الرسالة (ملحق رقم**02**).

ولقد أكدت المادة **11** من قانون الأوقاف رقم **10/91**، على ضرورة إلزام المحافظ العقاري بإرسال نسخة من عقد الوقف بعد إشهاره إلى السلطة المكلفة بالأوقاف، أي إلى ناظر الأوقاف بالولاية، عبر ما يسمى بـ "كشف إرسال"، ولقد حددت التعليمة رقم **00287** المؤرخة في: **2000/01/29**، النموذج الرسمي لكشف الإرسال الذي يتم بموجبه تحويل نسخة من عقد الوقف[1].

المطلب الثالث: خصائص الوقف وإثباته .

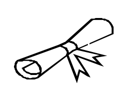
إنه من الأهمية بمكان أن نشير أنه مهما كانت طبيعة الوقف، شكلا ومضمونا فإنه ينبغي أن نعرج على مدى حجيته في الإثبات، وقبل هذا معرفة الخصائص المميزة للوقف باعتباره عقد ليس كباقي العقود الأخرى تكوينا وتقنيا.

لذلك فسوف نتطرق من خلال هذا المطلب إلى فرعين، فرع نبرز فيه أهم الخصائص التي تميز الوقف عن غيره من التصرفات الأخرى، تحت عنوان"خصائص الوقف"، وفي الفرع الثاني نحاول أن نلمس فيه القوة الثبوتية للعقد الوقفي، مهما كانت طبيعته تحت عنوان' 'إثبات الوقف".

الفرع 01: خصائص الوقف.

لقد خص المشرع الوقف بخصائص جمة، جعلت منه نظاما متفردا، متميزا عن باقي العقود والتصرفات القانونية الأخرى، بل وجعلت من العقار

[1] أنظر: الملحق رقم 03 من هذه الرسالة.




الوقفي عقارا من نوع خاص وهو الأمر الذي جعل المشرع يصنفه كنوع من أنواع الملكية العقارية، من خلال قانون التوجيه العقاري.

وإن من الخصائص المميزة للوقف عن غيره كونه:

1. الوقف عقد تبرع من نوع خاص:

إن الوقف تصرف إرادي ينقل الواقف من خلاله منفعة شيء معين، إلى شخص آخر أو ما يسمى بالموقوف عليه، على وجه التبرع فلا يكون لتصرفه هذا أي مقابل أو تعويض وإنما يسعى صاحبه من خلاله إلى إدراك مرضاة الله من خلال بر أقاربه وذوي رحمه، أو الإحسان إلى الفقراء والمحتاجين من عامة الناس، وكل ذلك في إطار ما اشترطه الواقف، مما جعل وقفه خارجا عن سلطة أي شخص آخر، على الشيء الموقوف، بل أنه تخرج ملكيته للشيء الموقوف بالوقف عن ملك الموقوف عليه، فلا تنتقل إليه الملكية وإنما ينتقل إليه حق الانتفاع فحسب. بل إن الملكية في الوقف تخرج حتى من ذمة الواقف ذاته، فلا يصبح له عليها سلطان، فتبقى الرقبة في المال الموقوف محبسة، وتسبل منفعتها، وهذا ما جعل من عقد الوقف عقد تبرع من نوع خاص.

وقد يتساءل القارئ عن ما يميز هذا النوع من العقود التبرعية عن بقية الأنواع الأخرى كالهبة والوصية مثلا.

فنجيب بأن صفة التبرع ثابتة على هذا التصرف المنطوي تحت اسم الوقف، ولكنه يحمل نقاطا معاكسة ومختلفة عن هذه العقود كلها، فتخرجه من دائرتها وذلك على النحو التالي:

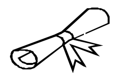
إن أهم ما يميز العقود التبرعية في القانون هي: "الوصية والهبة" وقبل التطرق إلى أهم ما يميز الوقف عنهما فإنه ينبغي إلقاء نظرة سريعة على مفهوم كل من عقدي الوصية والهبة.

أ. مفهوم الوصية:

§ لغة: تطلق على فعل الموصي وعلى ما يوصي به من مال أو تصرف[1].

---

[1] نشرة القضاة- وزارة العدل، مديرية التشريع، عدد6، الدار البيضاء، الجزائر، 1976، ص55.




- **اصطلاحا**: سميت وصية لأن الميت يصل بها ما كان في حياته بعد مماته[1].
- **وفي الاصطلاح الفقهي**: "هي هبة الرجل ماله لشخص آخر، بعد موته أو عتق غلامه سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح" وهو على قول الإمام مالك[2].
- وفي الاصطلاح القانوني: فإن المشرع الجزائري عرف الوصية من خلال المادة **184** من قانون الأسرة الجزائري بقوله: "هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، بطريق التبرع"[3].

ب. مفهوم الهبة:

- **لغة**: التبرع والتفضل والإحسان.
- **اصطلاحا**: التبرع بشيء ما ينفع الموهوب له، سواء كان ذلك عقارا أو منقولا أو غيرهما من المنافع.
- وفي الاصطلاح الفقهي: يقول الفقهاء بأن الهبة والصدقة والهدية والعطية كلها معاني متقاربة، وكلها تمليك في الحياة بغير عوض، واسم العطية شامل لجميعها.

وعرفوها بأنها عقد يفيد تمليك العين حالا بدون عوض بخلاف الإعارة التي تفيد تمليك المنفعة حالا لكنها لا تفيد تمليك العين[4].

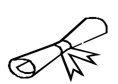
- وفي الاصطلاح القانوني: عرف المشرع الجزائري عقد الهبة في نص المادة **202** من قانون الأسرة الجزائري بأنه: "تمليك بلا عوض ...".

ج. ما يميز الوقف عن الوصية:

فبدءا بالنصوص الشرعية التي تحكم كلاهما، فإننا نجد بأن الوقف لم ترد بشأنه أحكاما خاصة في القرآن الكريم، ولا في الأحاديث الشريفة، إلا

---

[1] محمد سلام مدكور، الوصايا في الفقه الإسلامي، "وصية الله الميراث، وصية الإنسان: الوصية"، القاهرة، مصر، 1958، ص224.
[2] محمد جواد مغنية، الوصايا والمواريث على المذاهب الخمسة، بيروت، لبنان، بدون سنة، ص09.
[3] نلاحظ بأن المشرع الجزائري اعتمد على المذهب الحنفي في تعريف الوصية.
[4] الشيخ حسن خالد عدنان نجا، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، وما يجري عليه العمل في المحاكم الشرعية الإسلامية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1964، ص356.




أن الفقهاء قد اجتهدوا واستنبطوا بعد تفسيرهم لبعض الآيات القرآنية، على أنه هناك ما يسمى بالوقف في الشريعة الإسلامية، وأما الوصية فأحكامها الشرعية قد وردت في القرآن والسنة، صريحة وإن كان هذا الاختلاف بسيط وغطت عليه النصوص القانونية الحديثة، فأصبح للوقف نصوصا قانونية خاصة به تحكمه وتنظم شؤونه كلها، شانها في ذلك شان الوصية.

وأهم ما يميز الوقف عن الوصية هو نقطة قانونية هامة، وهي "ملك الرقبة"، حيث أن الموصى له يستطيع أن يتملك العين الموصى له بها، لكن هذا التمليك لا يتحقق إلا بعد الموت، في حين أن الموقوف عليه لا يتملك العين الموقوفة أبدا، وإنما تنتقل إليه منفعة الشيء الموقوف سواء في حياة الواقف أو بعد وفاته، وبذلك يقتصر حق الموقوف عليه على منفعة العين الموقوفة في حين يستطيع الموصى له التصرف في الشيء الموصى له به بكافة أنواع التصرف لأنه قد ملك رقبة ذلك الشيء.

أضف على ذلك أن القواعد العامة، تفترض في الوقف أن يكون منجزا، في حين أن الوصية لا يمكن أن تكون منجزة، فهي مستقبلية، مضاف إلى ما بعد وفاة الموصي، هذا وإن كان الوقف قد يكون أحيانا مؤجلا نفاذه إلى ما بعد الموت ويأخذ أحيانا أخرى حكم الوصية.

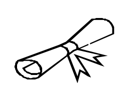
مع الإشارة أنه في مثل هذه الحالة لا تنفذ إلا في حدود ثلث تركة الواقف، وما زاد فيتوقف على إجازة الورثة "كالوقف في مرض الموت، المادة 776 من القانون المدني الجزائري".

وأما من حيث المقدار، فالواقف له الحق في أن يقف ما شاء من أملاكه، في حين لا يجوز للموصي أن يوصي بكل أملاكه، إلا في حدود ثلثها لقوله صلى الله عليه وسلم: "إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم، زيادة في أعمالكم فضعوه حيث شئتم"[1] وهو الأمر الذي تؤكده المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة ، وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة".

د. **<u>ما يميز الوقف عن الهبة:</u>**

لقد رأينا فيما سبق من الدراسة بأن الوقف ينشا بإرادة الواقف المنفردة، في حين أن الهبة لا تنعقد إلا بالإيجاب والقبول، وهو ما تؤكده المادة 206 من

[1] حديث رواه الدارقطني عن أبي الدرداء.

قانون الأسرة الجزائري: "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة، وذلك مع مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات". وكل ذلك تحت طائلة البطلان.

وهنا نلمس بأن الوقف يتميز عن باقي عقود التبرع الأخرى، من حيث نشوئه ونصوصه المنظمة، ويتفاد معه أن الوقف، عقد تبرع من نوع خاص، تزول معه حق الملكية لأي أحد حتى الواقف نفسه، وهو التزام يصدر عن إرادة الواقف وهي إرادة منفردة، فالإيجاب شرطا لوجوده إذا كان وقفا عاما، والقبول شرط لنفاذه إذا كان خاصا، وفي حال تخلفه يتحول من وقف خاص إلى وقف عام.

2. الوقف حق عيني:

إن الوقف حق عيني متميز باعتباره تصرف يرد على حق الملكية، فيغير من طبيعتها، فيجعلها غير قابلة للتداول، ولا تكون للموقوف عليه سوى التصرف في المنفعة[1].

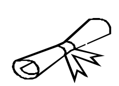
فاعتبره فقهاء القانون من الحقوق العينية، باعتبار أن من شأنه أن يغير ملكية العقار، فيجعله غير مملوك لأحد، وينشئ حقوقا عينية للمستحقين.

وإن كان قد ذهب بعض الشراح القانونيين، إلى اعتباره حق شخصي اعتمادا على أنه ينقل حق الانتفاع للموقوف عليه لا ملكية الرقبة.

لذلك نقول إن اعتبار حق الموقوف عليه حقا عينيا، يؤدي إلى انتقال الحق لورثته وهكذا، في حين أن حق الانتفاع في الوقف هو مقرر للموقوف عليه، بصفته أو اسمه يجعل لشخصية الموقوف عليه اعتبار في العقد، فإن مات انتقل هذا الحق إلى الموقوف عليهم أو الجهة الموقوف عليها في عقد الوقف مباشرة.

وأنه لا ينتقل إلى ورثته حق الانتفاع هذا، إلا إذا نص الواقف في عقد صراحة أو كناية على انتفاعهم، وهنا يكون حقهم في الانتفاع بالوقف، ليس القانون ولا القواعد الإجبارية المقررة في المواريث، وإنما استحقاقهم له يكون بإرادة الواقف، وحجة في عقد الوقف ذاته، ولذلك فإن الرأي القائل بأن الوقف حق عيني يجعل منه حقا عينيا متميزا، ومختلفا عن حق الانتفاع

[1] د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سبق ذكره، ص348.




المعروف في القانون المدني طبقا للقواعد العامة، وإنما هو حق انتفاع متميز عنه[1].

3. الوقف شخص اعتباري:

يقصد بالشخصية الاعتبارية أو المعنوية، الجماعة من الأشخاص الطبيعيين التي تجمعت في شكل منظم، بقصد تحقيق غرض معين كالشركات والجمعيات.

وبعض مجموعات الأموال المرصودة لتحقيق غاية معينة: كالوقف والمؤسسات الخاصة[2]، ويرى بعض فقهاء القانون أن فكرة الشخصية الاعتبارية، لم تكن بعيدة عن الفقه الإسلامي الذي رتب لها أحكاما، وإن لم يسمها بهذه التسمية، وفكرتها واضحة جلية في نظام الوقف. ففكرة الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي تعتمد على عناصر أساسية هي:

- § وجود مال مرصود لتحقيق هدف معين.
- § ونظام محدد لإدارته، يحكم تصرفاته ويبين هدفه.
- § مع وجود شخص طبيعي يعبر عن إرادته.
- § ويكون له حق التقاضي والدفاع عن مصالحه.
- § يضاف إليها وفقا للتشريعات المعاصرة، اعتراف الدولة بالشخصية المعنوية.

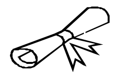
وبصورة عامة، فإنه بعد مقابلة نظام الوقف بتلك العناصر، فإني قد توصلت إلى النتائج التالية:

أولا: أن ملكية الأعيان الموقوفة، تنتقل إلى غير الواقف، وتدمج في شخصية الوقف، إذ لم يعد للمالك من سلطة عليها إلا بما يقرره نظام الوقف، من صلاحيات كالشروط التي يضمنها وقفه.

---

[1] نصت المادة 18 من القانون 10/91 السالف الذكر على أن الوقف يقرر للمنتفع منه حق الانتفاع لا حق الملكية.

[2] د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سبق ذكره، ص348./ د.عبد المنعم البدراوي، المدخل للعولم القانونية، دار الكتاب العربي، القاهرة، 1962، ص679.




ثانيا: بمجرد تمام الوقف، تصبح العقارات الموقوفة مع ما تدره من ريع أو فوائد في نظام مالي خاص يحدد كيفية المحافظة عليها وصيانتها واستغلالها، مما يفيد وأن الوقف ذمة مالية مستقلة.

ثالثا: وجود شخص طبيعي يتولى إدارة الوقف، والإشراف عليه، يسمى "ناظر الوقف"، وضع له القانون ضوابط تحكم تصرفاته، مع خضوعه لرقابة على تلك التصرفات، بما يضمن سلامتها والحفاظ على أموال الوقف وبقاء كيانه مستمرا، أو ينوبه في ذلك وكيل بموجب وكالة خاصة.

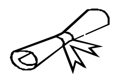
رابعا: وإن ناظر الوقف هو الذي يمثل الوقف في المخاصمة والتداعي وقبض الأموال وصرفها، والدفاع عن حقوق الوقف، مما يدل على أن الوقف له شخصية قائمة بذاتها، وقابلة لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات في الحدود المقررة قانونا وشرعا.

خامسا: تشدد القانون في عدم إنفاق فائض وقف معين، على وقف آخر إلا في أضيق الحدود، مما يدل معه على وجود ذمة مالية لكل وقف على حدا، تختلف بطبيعة الحال عن ذمة الواقف وعن ذمة الناظر[1].

إن المشرع الجزائري جعل الوقف متميزا بالشخصية الاعتبارية، وفقا لنص المادة **05** من القانون رقم **10/91** المتعلق بالأوقاف، والتي تنص على أن الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين، ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على احترام ملك إرادة الواقف وتنفيذها، كما أكد المشرع على هذه الخاصية من خلال المادة **49** من القانون المدني[2] المعدلة والمتممة بالمادة **21** من القانون **10/05** المؤرخ في: **20** يونيو **2005** والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، حيث أصبحت المادة **49**: "الأشخاص الاعتبارية هي:

- الدولة، الولاية البلدية.
- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.
- الشركات المدنية والتجارية.

[1] جمعه محمود الزريقي، الطبيعة القانونية لشخصية الوقف المعنوية، كلية الدعوة الإسلامية، طرابلس، ليبيا، ط1، 2004، ص46.
[2] وهو القانون رقم 10/05 المؤرخ في: 26 يونيو 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني.

- الجمعيات والمؤسسات.
- الوقف.
- كل مجموعة من الأشخاص أو أموال يمنحها القانون شخصية قانونية".

ويسري هذا النص حتى على الأوقاف القديمة التي أنشئت قبل صدور القانون الوقفي إذا ما روعيت في إنشائها التقيد بقواعد فقهية ثابتة.[1]

4. **الوقف يتمتع بحماية قانونية متميزة:**

إن مسألة حماية العقار الوقفي، تشكل بحق مسالة حيوية وقضية جوهرية، تتحكم إلى حد بعيد في الحياة العقارية عموما في البلاد، وتؤثر أساس على مستقبلها، وعليه فإن توفير حماية قانونية للملك الوقفي عن طريق تحصينه، من شأنها أن تساهم في تطوير خدمة العقار الوقفي، وتشجع المتبرعين في الإقبال عليه.

لذا نجد أن هناك ترسانة من القوانين خصصت أحكاما تفصيلية لهذه الحماية، في كل من القانون المدني، القانون الجنائي، القانوني الإداري وقانون التوجيه العقاري.

إذ أنه لا جدوى من الاعتراف بالملك الوقفي، إن لم تكن هناك وسائل وأدوات قانونية ناجعة تحميه وإلا كان للوقف وجود مادي دون وجود قانوني.

فما هي نوع الحماية المقررة للملك الوقفي في القانون الجزائري؟

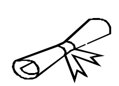
أ. **الحماية في القانون المدني:**

يعد القانون المدني أول قانون يؤكد على حماية الملكية العقارية بوجه عام من المواد (**674** إلى **689**) من المر رقم **58/75** المؤرخ في: **1975/09/26** المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم **10/05** المؤرخ في: **20** يونيو **2005**.

إلا أن وضعية الأملاك الوقفية في البلاد ظلت بحاجة إلى نصوص قانونية أقوى، ترفع عنها ما أصابها من انتهاكات من قبل

---

[1] وهي مسألة يتميز بها قانون الأوقاف الجزائري على باقي التشريعات الوقفية المقارنة، حيث أن المشرع المغربي لم ينص صراحة على تمتع الوقف بالشخصية المعنوية وإنما اكتفى بالتلميح فحسب من خلال قانون الإلتزامات والعقود، بإيحاء في المادة 378 وكذلك الحال بالنسبة للمشرع الليبي في ذلك، حيث لم ينص على هذه الميزة في قانون الأوقاف رقم 124 لسنة 1972 وإنما أشار لهذه المسألة في القانون المدني من خلال المادة 52 منه.

الأفراد، أو من قبل الإدارة بالأخص ما سببه لها قانون الثورة الزراعية وهو الأمر رقم **73/71** المؤرخ في: **1971/11/08** من التعدي.

ب. حماية الوقف من خلال قانون التوجيه العقاري:

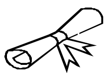
إن القانون رقم **25/90** المؤرخ في: **1990/11/18** : المتضمن قانون التوجيه العقاري جاء لإعادة الاعتبار للمكية العقارية عموما[1]، وللأملاك الوقفية خصوصا حيث ألغى الأمر رقم **73/71** المؤرخ في: **1971/11/08** المتعلق بالثورة الزراعية بحيث قرر استرجاع الأراضي الزراعية الموقوفة المؤممة، إلى المنتفعين بها (الموقوف عليهم)، وهم المستحقين الحقيقيين لها، وفي هذا الإطار تم تحديد أصناف الملكية العقارية في الجزائر، وجعل هذا القانون الأملاك الوقفية صنفا مستقلا بذاته، من بين الأصناف الأخرى، وذلك بموجب المادة (**23**) منه، والتي تنص على أنه: "تصنف الأملاك العقارية على اختلاف أنواعها ضمن الأصناف القانونية التالية:

- الأملاك الوطنية.
- أملاك الخواص أو الأملاك الخاصة.
- الأملاك الوقفية."

وقرر حمايتها[2]. غير أن ما جاء في قانون التوجيه العقاري من اعتراف بالأملاك الوقفة، وضرورة تسوية وضعيتها لقيت عراقيل جمة، حالت دون استرجاع الموقوف عليهم للأملاك التي حرموا من حقهم في الانتفاع بها، واستحال عليهم المطالبة باسترجاعها، إذ اقتصرت عملية إرجاع الأراضي في ظل قانون **25/90** على الأشخاص الطبيعية دون المعنوية[3]. مما جعل عملية الاسترجاع تتأخر، إلى أن حاول المشرع التصدي لهذه المشكلة مجددا، سنة **1991**.

---

[1] أعاد الاعتبار للأملاك العقارية في الجزائر من خلال تكريس الملكية العقارية الخاصة، وإعادة الأراضي الفلاحية لأصحابها الأصليين.
[2] حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومه، الجزائر، 2002، ص69.
[3] اسماعين شامة، النظاما لقانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومه، الجزائر، 2002، ص36.




ج. الحماية من خلال قانون الأوقاف:

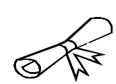
إنـه وبعـد أن حـدد قـانون التوجيـه العقـاري الإطـار العـام والقـانوني للأمـلاك الوقفيـة، ليـأتي بعـده المشـرع بقـانون خـاص بالأوقـاف، ينظمـه ويسـره ويقـرر حمايتـه، وهـو القـانون رقـم **10/91** المـؤرخ فـي: **27** أفريـل **1991**: المتضمن قانون الأوقاف، جاعلا من أولوياته السعي للحفاظ على ما تبقى من الأملاك الوقفية، ومحاولا مواصلة استرجاع الأوقاف التي تم الاستيلاء عليها، حيث نصت المادة (**36**) منه على أنه: "يتعرض كل شخص يقوم باستغلال ملك وقفي بطريقة مستترة أو تدليسية أو يخفي عقود وقف او وثائقه أو مستنداته، أو يزورها إلى الجزاءات المنصوص عليها في قانون العقوبات". وكذلك حماية الأوقاف المؤممة من قبل، إذ نص قانون الأوقاف في المادة (**38**) منه على أنه: "تسترجع الأملاك الوقفيـة التـي أممـت فـي إطـار أحكـام الأمـر رقـم **73/71** المـؤرخ فـي: **1971/11/08** والمتضمن الثورة الزراعية، إذا ثبتت بإحدى الطرق الشرعية والقانونية، وتؤول إلى الجهات التي أوقفت[1] عليها أساسا وفي حالة انعدام الموقوف عليه الشرعي، تؤول إلى السلطة المكلفة بالأوقاف.

وما فوت منها باستحالة استرجاع العين الموقوفة، وجب تعويضها وفقا للإجراءات المعمول بها مع مراعاة أحكام المادة (**02**) أعلاه".

د. الحماية الجزائية للملك الوقفي:

لقد سبق وأن تعرضنا للمادة (**36**) من قانون الأوقاف رقم **10/91**، والتي نصت على أنه: "يتعرض كل شخص يقوم باستغلال الملك الوقفي بطريقة مستترة أو تدليسية، او يخفي عقود وقف أو وثائقه أو مستنداتهأ و يزورها، إلى الجزاءات المنصوص عليها في قانون العقوبات." ولقد ذهب قانون العقوبات الجزائري في هذا الشان بمعاقبة الجاني المنتهك للأملاك الوقفية بالذات، بالعقوبات المقررة للجنايات والجنح، الواردة على الأموال، بحي تنص المادة (**386**) منه على أنه: "يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات، وبغرامة بـ **2000** إلى **20000** دج ، كل من انتزع عقارا مملوكا للغير خلسة، أو بطريق التدليس، وإذا كان انتزاع العقار قد وقع ليلا بالتهديم أو العنف أو بطريق التسلق أو الكسر، من عدة أشخاص أو محل حمل ظاهر أو مخبأ بواسطة واحد أو أكثر من الجناة، فتكون العقوبة الحبس من سنتين إلى عشر سنوات، والغرامة من **10000** إلى **30000** دج".

[1] والأصح القول: التي وقفت، وليس أوقفت لأنها لغة رديئة.




وأما المادة (387) منه فتنص على أن: "كل من أخفى عمدا أشياء مختلسة أو مبددة أو متحصلة من جناية او جنحة في مجموعها، أو في جزء منها، يعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر وبغرامة من 500 إلى 20000 دج، ويجوز أن تتجاوز الغرامة 20000دج حتى تصل إلى الضعف بالحرمان من حقه أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة (14) من هذا القانون لمدة سنة على الأقل، وخمس سنوات على الأكثر".

كما نصت المادة (388) منه أيضا على أنه: "في حالة ما إذا كانت العقوبة المطبقة على الفعل الذي تحصلت عنه الأشياء المخفاة، هي عقوبة جناية يعاقب بالعقوبة التي يقررها القانون بالجناية، وللظروف التي كان يعلم بها وقت الإخفاء، ومع ذلك فإن عقوبة الإعدام تستبدل بالنسبة للمخفي بعقوبة السجن المؤبد، ويجوز دائما الحكم بالغرامة المنصوص عليها في المادة 387"

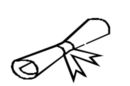
ولذلك فإن المشرع قد تشدد في حماية الأموال عموما، والأموال الموقوفة من ضمنها، إلى درجة تسليط عقوبة السجن المؤبد عن جرائم التعدي على الملكية العقارية، إلا أن الغرامة المالية المفروضة على الجاني فإن قيمتها رمزية بالنظر إلى القيمة المالية للأملاك الوقفية المعتدى عليها، وإلى القيمة التعبدية لها، نظرا لقداسة هذه الأملاك.

هـ. <u>الحماية الإدارية للوقف</u>:

إنه وفي إطار حماية الأملاك العقارية الوقفية، من خلال تكريس حماية قانونية متميزة له عبر ترسانة من القوانين المتفرقة في العديد من القوانين، فإن للإدارة الدور الفعال في تكريس هذه الحماية من جهتها، وذلك من خلال لاسعي في متابعة المخالفات والتجاوزات التي من شانها الإضرار بالملك الوقفي، أو تغير من طبيعته سواء كان الوقف بناء أو أرضا قابلة للبناء، أو كان عقارا فلاحيا، ولتحقيق هذه الأهداف وتكريس هذه الحماية، فإن الإدارة تملك صلاحيات وامتيازات تخولها الحد من هذه المخالفات عبر إجراءات قانونية محددة:

<u>الإجراءات المخولة للإدارة لحماية الوقف</u>

- حماية العقار الوقفي الحضري: إن المخالفات في مجال بناء العقار الوقفي أو تعميره، يتم معاينتها من طرف الإدارة المكلفة بالتعمير، بموجب محاضر رسمية يحررها أعوان مؤهلون ومحلفون وفقا للمرسوم التشريعي




رقم: **07/94** المؤرخ في: **1994/05/18** المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري.

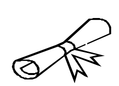
إن هذه المحاضر تشكل الرقابة الإدارية التي تمارس من طرف كل من البلدية ومديرية التهيئة والتعمير، وشرطة العمران، أثناء وبعد الانتهاء من أشغال البناء أو تهيئة العقار.

يتم تحرير هذه المحاضر بعد المعاينات الميدانية للبناء أو العقار الوقفي، ويتم تحرير هذه المحاضر وفقا للشكل التنظيمي المحدد بالنماذج الملحقة بالمراسيم المؤرخة في: **1995/10/14** تحت رقم: **318/95** ، والمرسوم رقم: **36/97** المؤرخ في: **1997/01/15**، ومن هذه المحاضر نذكر:

- محضر المعاينة: والذي يثبت فيه الأعوان المختصة المخالفة مع تحديد غرامة مالية لها.
- محضر الأمر بتحقيق المطابقة: وهو المحضر الذي يجبر الماخلف بأن يقوم بتحقيق المطابقة بناء على محضر المعاينة، حسب جسامة التعدي.
- محضر الأمر بتوقيف الأشغال: وهو الذي يحرر في حالة رفض المخالف أمر تحقيق المطابقة، ويحرره إما مفتش التعمير، أو شرطة العمران ويتم تبليغ الوالي به ورئيس المجلس الشعبي البلدي ومدير التعمير، مع إخطار رئيس الغرفة الإدارية بالطريق الاستعجالي لتثبيت هذا الأمر.

إن الإدارة وعبر هذه المحاضر تسعى إلى الحد من المخالفات التي يتعرض لها العقار وخاصة العقار الوقفي، أين نسجل الإهمال في مراقبته أو صيانته، وارتكاب مخالفات لا حصر لها.

- حماية العقار الوقفي الفلاحي: إن للعقار الوقفي الفلاحي أهمية اقتصادية ووظيفة اجتماعية منوطة به، وهو يشكل العصب الأساسي والمهم المكون للثروة العقارية في البلاد، مهماكان صنفها القانوني، ولذلك فإنه وقصد حماية هذا النوع من العقارات من محاولة تغيير وجهته الفلاحية، فقد أكدت المادة (**36**) من القانون رقم:**25/90** المتعلق العقاري، على أن القانون هو وحده الذي يرخص بتحويل أي أرض فلاحية خصبة، أو خصبة جدا،




إلـى صـنف الأراضـي القابلـة للتعميـر[1] كمـا يحـدد القـانون القيـود التقنيـة والمالية التي يجب أن ترافق عملية التحويل.

غيـر أن انتشـار ظـاهرة تحويـل الأراضـي عـن طابعهـا الفلاحـي فـي السنوات الأخيرة رغم التشريعات القانونيـة والنصـوص التطبيقيـة لحمايـة الأراضـي الفلاحيـة عمومـا، أدت إلـى صـدور التعليمـة الرئاسـية رقـم: **05** المؤرخـة فـي: **1995/03/14** التـي دعـت الإدارة وبـاقي الأطـراف المعنيـة للتطبيق الصارم لهذه النصوص وتجسيدها ميدانيا، وأهم نص منها ما جاء في المادة **(48)** من قانون التوجيه العقاري

والتي لا تسمح بإهمال العقارات الفلاحية، وتعتبـره تعسفا فـي استعمال الحق، وقد خاطب هذا النص جميـع الأصـناف التـي يمكن أن يكـون عليهـا العقـار الفلاحـي وقفيـا كـان أو غيـر وقفـي كمـا منـع تحويلهـا عـن وجهتهـا الفلاحية خارج الحالات التي نظمها قانون التهيئة والتعمير[2].

ومـن ثمـة قـرر المشـرع اعتبـار الاسـتغلال الفعلـي والعقلانـي، التزامـا قانونيا على عاتق كل أصحاب الحقوق العينية العقارية، والوقف هو الآخر باعتباره حق عينـي وارد علـى ذلـك العقـار، سـواء كـان شخصـا طبيعيـا أو معنويا يستغله ويستفيد منه.

نظرا لهذه الحماية القانونية كـان مـن المفروض أن يكون التعدي علـى الأراضـي الفلاحيـة الوقفية أمرا نادرا جدا، لكن الملاحظ في الحياة العملية، أن التعدي كثيرا ما يقع، وفي بعض الأحيان يكون بفعل الإدارة نفسـها، أو بتواطـؤ مـن موظفيهـا، وقد اسـتحوذت الدولـة علـى مسـاحات شاسـعة مـن الأراضـي ذات الطـابع الفلاحـي بصـفة غيـر شـرعية، ودون ان تحـرك الهيئات المكلفة بحمايتها ساكنا.

وإذا حـدث وان تـدخلت لا تحسـن اسـتعمال الوسـائل القانونيـة الكفيلـة بالحماية، مما يفقدها لفعاليتها فلا يبقى أمام المتضررين من هذا التعدي إلا اللجوء إلى القضاء، باعتباره وسيلة من وسائل الحماية، والتي نتعرض لها في العنصر الموالي:

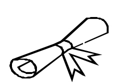
5. <u>الوقف يتمتع بالحماية القضائية:</u>

إن للقضاء دور مهم في حماية الأملاك الوقفيـة، جعلتـه يتميز بهـا، حيث قرر في العديد من الأحكام والقرارات عدم جواز التعدي علـى الملك الـوقفي،

---

[1] La catégorie de terre urbanisable.

[2] وهو الأساس الذي جرى عليه القضاء، أنظر في ذلك قرار مجلس الدولة رقم 191983 مؤرخ في: 2000/05/08، الغرفة الثانية – غير منسور.

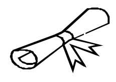
كما تصدى لكثير من المشاكل التي يعاني منها الوقف وسعى جاهدا في تكريس الحماية المدنية والجزائية وغيرها من أنواع الحماية القانونية التي سبق التعرض إليها، محاولا تطبيقها وتجسيدها في أرض الواقع وإعطاء القوة لها لتنفيذها وإلا بقيت حبرا على ورق، حيث أصدر أحكاما تدين وتعاقب على كل تعدي حاصل على الملك الوقفي، وتعاقب عليه بالعقوبة المنصوص عليها في المادة (**386**) من قانون العقوبات، وبالتالي فإن الموقوف عليه يملك حق الانتفاع بالعين الموقوفة، ولا يمكن نزع هذا الحق من صاحبه، كما حرم إبطاله بأي وجه من الأوجه ما دام أن مؤسسه أنشأه على قواعد سليمة كما هو وارد في القرار رقم: **42791** المؤرخ في: **1986/05/05** – غير منشور- وغيره من القرارات التي تعزز مكانة الوقف وتصونه.

6. <u>عدم قابلية الوقف لاكتساب التقادم:</u>

إن الوقف باعتبار أنه يغير من ملكية العقار، فيجعله غير قابل للتملك بأي طريق كان، فقد أكد المشرع الجزائري على حماية الوقف من تصرف يناقض هذا المبدأ، وتطبيقا للقاعدة القانونية التي تقول بأن: "كل ما لا يجوز التصرف فيه، لا يجوز كسبه بالتقادم" لذلك فإن كل من يحاول التمسك بالتقادم المكسب في استغلال الملك الوقفي، يكون تمسكه مرفوضا، واستغلاله لها باطلا، حيث أنه لا يجوز التمسك بالتقادم المكسب في استغلال الأملاك الوقفية لانعدام نية التملك[1]، وهو المبدأ الذي درج عليه القضاء الجزائري، من خلال تصديه لمثل هذه الأوضاع، وحكمه صريح ببطلان عقود الشهرة، التي تتضمن الاعتراف بالملكية على أساس التقادم المكسب على عقار محبس، كما هو ثابت في قرار المحكمة العليا رقم: **157310** المؤرخ في: **19974/07/16** [2].

غير أن الواقع العملي يسجل إلى حد الآن، العديد من التجاوزات على هذا المبدأ، التي من خلال تحرير بعض الأستاذة الموثقين، عقود شهرة على عقارات محبسة، استنادا في ذلك إلى المرسوم رقم: **352/83** المؤرخ في: **1983/05/21**، المتضمن إجراءات إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة، المتضمن الاعتراف بالملكية، ليظل القضاء في تصد دائم لمثل هذه القضايا

[1] قرار للمحكمة العليا تحت رقم: 39360 بتاريخ: 1986/01/13، غير منشور.
[2] المجلة القضائية لسنة 1997، عدد 01، ص34.




والتي لا زالت تطرح إلى يومنا هذا، ليقول القضاء كلمته الفصل فيها، على النحو الذي سبق الإشارة إليه من خلال القرار رقم: **157310** المذكور أعلاه.

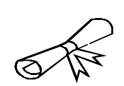
7. الوقف غير قابل للحجز عليه:

إن الأملاك الوقفية غير قابلة للحجز عليها، أو بيعها بالمزاد العلني، مثلما يفعل بأملاك المدين العادي، والعبرة في ذلك هو أن الموقوف عليه لا يملك رقبة الشيء الموقوف، في حين ان القاعدة العامة في الحجز تقضي بأنها لا تكون إلا على أملاك المدين، ذلك أن الحجز على الملك الوقفي وبيعه لاستيفاء قيمة الدين منه، يؤدي إلى نقل ملكية الشيء المبيع، إلى الشخص الذي رسا عليه المزاد، وهي عملية تتناقض وطبيعة الوقف، باعتباره يتمتع بشخصية معنوية مستقلة عن شخص الموقوف عليه المدين، ومن ناحية أخرى يكون تطبيقا للقاعدة التي تقول بأن: "كل ما لا يجوز التصرف فيه لا يجوز الحجز عليه"، مما يطرح التساؤل التالي: إذا كان لا يمكن للدائن أن يستوفي دينه من ثمن الأملاك الوقفية الموقوفة على مدينه، فما هو السبيل إعطاء الدائن حقه في مواجهة هذه الوضعية القانونية؟

والجواب هو أنه: إذا كانت القواعد الفقهية والقانونية لا تجيز جعل ملكية الرقبة في الوقف ضامنة لدين الموقوف عليه منعا لأي تصرف فيها، ولا الحجز عليها، إلا أن المشرع الجزائري وعبر قانون الأوقاف رقم: **10/91** أجاز للموقوف عليه أن يجعل حقه في المنفعة بالملك الوقفي ضامنا للدين الذي عليه لفائدة دائنيه، ومن ثمة يكون الحجز والتنفيذ على المدين- الموقوف عليه- منصبا على حصته في المنفعة فحسب، دون المساس برقبة الشيء الموقوف، وهذا حسب ما نصت المادة (**21**) من القانون السالف الذكر، حيث جاء فيها: "يجوز جعل حصة المنتفع ضمانا للدائنين في المنفعة فقط، أو في الثمن الذي يعود عليه". ومن ثمة ضمن المشرع للدائنين حقوقهم اتجاه الموقوف عليه المدين، إذا كانت الديون مضمونة بحق المنفعة الذي يعود لمدينهم أو ما يدره عليه هذا الحق من مال.

8. الوقف غير قابل للتصرف فيه:

إن الأملاك الوقفية أملاك محصنة من كل تصرف يرد على ملكية الرقبة، في الشيء الموقوف مهما كانت طبيعة هذا التصرف، ولقد أكد قانون الأوقاف رقم: **10/91** السالف ذكره على هذا المبدأ، حيث نص في المادة (**23**)




منه على أن: "لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به، بأية صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو الهبة، أو التنازل أو غيرها".

وهو نص ريح في غل يد الموقوف عليه أو الغير، من التصرف في المال الموقوف، بأي تصرف يرد على ملكية الرقبة، ولقد أورد المشرع الوقفي في هذه المادة نماذج من التصرفات وهي تصرفات ربطها كلها بأصل الملك الوقفي، ولذلك جعل المشرع علة وسبب تحريم هذه التصرفات، لا يعود لطبيعة التصرف ذاته – كونها تصرفات قانونية- وإنما يعود السبب في ذلك لورودها على ملكية الرقبة، أو كما عبر المشرع عنها بعبارة: "أصل الملك الوقفي".

وتجدر الإشارة هنا إلى أن هذه التصرفات الثلاث لا يعني أنها ذكرت على سبيل الحصر، بل ترك قائمة التصرفات مفتوحة، تشمل كل تصرف قد ينصب على أصل الملك الوقفي.

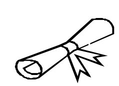
مما يفهم معه وان التصرف في حق الانتفاع لوحده جائز، إذ يجوز للمنتفع – الموقوف عليه- أن يتنازل عن حقه في الوقف إذا وقفا خاصا، لأن المشرع اشترط فيه القبول، وصرح في المادة (**19**) منه بأنه: "يجوز للموقوف عليه في الوقف الخاص، التنازل عن حقه في المنفعة ولا يعتبر ذلك إبطالا لأصل الوقف". وقيد هذا التنازل في الوقف العام بشرطين: أولهما أن يكون الموقوف عليه جهة من نوع الجهة الموقوفة عليها الأولى، وثانيهما هو ضرورة الحصول على موافقة السلطة المكلفة بالأوقاف، كما هو منصوص عليه بالمادة (**20**) من ذات القانون.

وإن القضاء بدوره قد أكد لنا في غير موضع، على خاصية: عدم قابلية الملك الوقفي للتصرف فيه، حيث أبطلت المحكمة العليا بيعا انصب على أملاك موقوفة، من خلال قرارها رقم: **157310** المؤرخ في: **16/07/ 1997** [1].

9. <u>الوقف عقد شكلي:</u>

إن الوقف وكغيره من العقود والتصرفات الواردة على العقار، يستوجب فيه الشكلية أو الرسمية اللازمة، لكي يكون العقد صحيحا حسب ما يقتضيه القانون المدني، في مادته (**324**) مكرر1، وحسب ما يفرضه المشرع من خلال قانون التوثيق في مادته (**12**)، وليؤكد المشرع على هذا المبدأ من

[1] المجلة القضائية لسنة 1997، عدد01، ص34.




خلال قانون الأسرة الجزائري، بحيث أخضعت المادة (217) منه الوقف إلى الشكلية المفروضة على الوصية من خلال المادة (191) منه والتي وردت بعبارة: التصريح أمام الموثق وتحرير عقد بذلك، وفي حالة وجود مانع قاهر، فإنه ينبغي إثباته بحكم، ويؤشر به على هامش أصل الملكية.

كما أكد القانون رقم: 10/91 المتعلق بالأوقاف، بدوره على التقيد بالرسمية، وذلك من خلال نص المادة (41) منه والتي تنص على أنه : "يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري". ومن ثمة فإن المشرع الوقفي هو الآخر تبنى مبدأ الرسمية، وصرح بلزوم احترام الواقف لها أثناء إنشاء وقفه، وما يتبع هذا الإجراء من إجراءات أخرى، كالتسجيل والشهر في المحافظة العقارية، والتي عبر عنها المشرع الوقفي من خلال المادة المذكورة أعلاه، بعبارة: المصالح المكلفة بالسجل العقاري، وهو الأمر الذي تم تفصيله بإسهاب في المطلب الثاني من هذا المبحث، من خلال القسم الخاص بـ: الرسمية والتسجيل والشهرة، تفاديا لتكراره.

10. <u>الوقف عقد معفى من رسوم التسجيل:</u>

إن المشرع وتحفيزا منه في أعمال البر والخير والزيادة فيها، سهل إجراءات تسجيلها وشهرها، من خلال إعفاء أصحابها من دفع رسوم التسجيل والرسوم الأخرى، وهذا ما قررتها المادة (44) من قانون الأوقاف السالف ذكره بقولها:

"تعفى الأملاك الوقفية العامة، من رسوم التسجيل والضرائب ، والرسوم الأخرى، لكونها عمل من أعمال البر والخير".

غير أن ما يؤخذ على موقف المشرع هذا، هو تخصيص الوقف العام، بهذه الميزة دون الوقف الخاص، هو الأمر الذي برره المشرع بكون التصرف خيريا في الوقف العام، مما دفعنا للقول بأنه إذا كانت العلة كذلك، فإنها تكون مدعاة لإشراك الوقف الخاص في هذه الخاصية وليس إبعاده، لكونه يعتبر هو الآخر من أعمال البر والخير، كما بيناه في دراسة الوقف الخاص سابقا.

ولكن فرض هذه الميزة للوقف العام، يعتبر تشجيعا من المشرع لها على حساب الوقف الخاص، فهو تشجيع يدعم النظام الوقفي في البلاد، ولكن على أمل أن يعم فيشمل النوع الآخر منه، دفعا للتفاضل.




الفرع 02: إثبات الوقف .

صحيح بأن الوقف عقد أصبح خاضعا لقاعدة الرسمية، كغيره من التصرفات الأخرى الواردة على العقار، حسب ما تقتضيه الرسمية، هذه القاعدة قد فرضت على الأوقاف لأول مرة بصدور قانون الأسرة الجزائري لسنة **1984**، بحيث أخضع الوقف للرسمية، وتعامل معه بأحكام مقررة على الوصايا، ليأتي بعده قانون الأوقاف رقم **10/91** ليؤكد على هذا الشرط، ثانية من خلال المادة (**41**) منه، بحيث نصت على أنه: "يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري". ليقف بذلك هذا القانون الموقف ذاته في قانون الأسرة، ولكن يطرح هذا الموضوع التساؤل التالي:

ما حكم الأوقاف التي أنشاها أصحابها بطريقة عرفية في الماضي؟ وكيف يثبت الملك الوقفي في الجزائر؟ والجواب هو التالي:

إن من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الوقف لا يخضع لأية صيغة شكلية، وأنه يمكن إثباته بجميع طرق الإثبات[1].

ولقد قرر المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة الجزائري رقم **11/84** السالف ذكره، بأن مسألة إثبات الملك الوقفي، هي مسألة تخضع لنفس الحكم المطبق على الوصية، حيث جاء في المادة (**217**) منه بأنه: "يثبت الوقف بما تثبت به الوصية، طبقا للمادة (**191**) من هذا القانون".

وبالرجوع إلى نص المادة (**191**) منه نجد بأن الإثبات يكون بإحدى طريقتين:

أ. بتصريح أمام الموثق، وتحرير عقد بذلك.

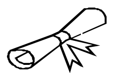
ب. وفي حالة وجود مانع قاهر، يثبت بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية.

ومن ثمة يمكن القول بأن الوقف الذي أنشأه الواقف قبل صدور قانون الأسرة الجزائري، فإنها لا تخضع لأية صيغة شكلية، وأنه يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات، غير أنه يشترط فيها أن تكون محررة كاملة، ومؤرخة، وموقعة من طرف الواقف[2].

---

[1] قرار مؤرخ في: 1969/04/30، نشرة القضاة لسنة 1970، ديسمبر، ص45.

[2] قرار رقم 66151، مؤرخ في: 1990/05/19، مجلة القضاة، 1993، عدد 03، ص211.

والعبرة في عدم اشتراط الشكل الرسمي في إثبات الملك الوقفي هنا، هو اعتباره من أعمال البر والتبرع التي تدخل في أوجه الخير المختلفة، المنصوص عليها شرعا، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فبسبب: عدم إمكان تطبيق قانون الأسرة وقانون الأوقاف بأثر رجعي، وان الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا – غرفة الأحوال الشخصية- المؤرخ في: **1999/11/16**، اعتبر بان عقد الحبس العرفي الذي أقامه المحبس سنة **1973**، بأنه عقد صحيح، وأنا لقضاة المجلس لما قضوا بإلغاء الحبس المذكور، على اعتبار أنه لم يفرغ في الشكل الرسمي، بأنهم أخطئوا في قضائهم، وعرضوا قرارهم للنقض، لانعدام الأساس القانوني، لعدم إمكانية تطبيق قانون الأسرة بأثر رجعي[1].

أضف إلى ذلك أنه إذا الوقف عقارا، استعمل في بناء مسجدا، فإن ادلة الإثبات يكفي فيها شهادة الشهود، وهو الأمر الذي يتأكد بموجب فتوى صادرة عن المجلس الإسلامي الأعلى في: **17** جانفي **1989**، في فقرتها الرابعة أنه:

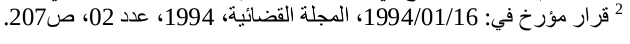
"إذا ثبت بشهادة جماعة من المسلمين، او شهادة رسمية، أن المحل قد بناه جماعة من المسلمين لتقام فيه الصلوات فهو لهم".

وأن القضاء طبق هذه الرخصة في الإثبات كاستثناء، تستفيد منه الأوقاف المخصصة للعبادة وهو القرار الصادر في **1994/01/16** [2].

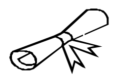
المبحث الثاني: تطور نظام الوقف في الجزائر .

يمكن تلخيص النظام أو التنظيم الوقفي، الذي خضع له الإقليم المعروف حاليا بالجزائر عبر التاريخ إلى ثلاث مراحل حديثة، أي قريبة منا، حتى لا نتيه في أعماق التاريخ العقاري، هذه المراحل الثلاثة هي:

مرحلة ما قبل الاستقلال (المطلب **01**) ، وتشمل فرعين، يتناول أحدهما فترة الحكم العثماني (ما قبل الاحتلال الفرنسي)، وثانيهما يتناول الوقف أثناء الاحتلال الفرنسي للجزائر، وهي مرحلة حساسة في الحياة العقارية عموما والوقفية خصوصا، في بلادنا.



[1] قرار رقم 234655 مؤرخ في: 1999/11/16م، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد خاص، 2001، ص314.
[2] قرار مؤرخ في: 1994/01/16، المجلة القضائية، 1994، عدد 02، ص207.




وفي المرحلة الانتقالية (المطلب **02**) التي شهد خلالها الوقف تشريع أهمه، المرسوم التنفيذي رقم **283/64**: المتضمن الأملاك الحبسية العامة (فرع **01**)، وحالة الأوقاف بعد صدور قانون الأسرة الجزائري رقم **11/84** (فرع **02**) وما حمله من أحكام.

وأما المرحلة الثالثة، وهي مرحلة ما بعد سنة **1990** (مطلب **03**) والذي نتعرض من خلاله إلى وضعية الأملاك الوقفية عبر قانون رقم **25/90** المتضمن التوجيه العقاري (فرع**01**)، لتكتمل النظرة من خلال أحكام قانون الأوقاف رقم **10/91**، لنبين مكانة الوقف عبر هذا القانون من خلال (فرع **02**) وإلى أهم التعديلات التي لحقت هذا القانون وما حملته لنظام الوقف، كل ذلك حسب الآتي:

المطلب الأول: نظام الوقف في الجزائر قبل الاستقلال .

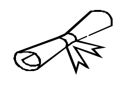
إن نظام الوقف خلال هذه الحقبة، عرف مرحلتين متباينتين، مرحلة ساد فيها الحكم الإسلامي فكان لنظام الوقف خصائص تميزه، ثم بعد ذلك شهد مرحلة الاستعمار الفرنسي ووقوع الدولة الجزائرية تحت نظام جديد فرضه الاستعمار، مما غير من ملامح الوقف أثناءه، وهو الأمر الذي جعلنا نخصص لكل مرحلة منها، مستقل على النحو التالي:

الفرع 01: نظام الوقف في ظل الحكم الإسلامي .

وهي مرحلة بدأت منذ استقرار الفتح الإسلامي في شمال إفريقيا عموما، والجزائر خصوصا وذلك في القرن السابع[1]، إلى غاية سنة **1830** م بداية الاحتلال الفرنسي للبلاد.

ولقد عرفت هذه المرحلة، ممارسة بسط النفوذ على شمال إفريقيا (إفريقيا الشمالية الوسطى) المعروفة حاليا بالجزائر، من طرف عدة دول أو دويلات، ورغم تصارعها وقيام الواحدة على أنقضا الأخرى، إلا أنها اشتركت جميعا إتباع نظام واحد للأملاك العقارية عموما، وهو نظام الشريعة الإسلامية، بدءا بأول دولة إسلامية في شمال إفريقيا بالقيروان في عهد الخلافة الأموية وانتهاء بنظام الدايات في عهد الدولة العثمانية، لذا فإن الوقف ظل صنفا ثابتا وقارا من أصناف الملكية العقارية الأخرى التي

[1] حملة عقبة بن نافع الثانية سنة 682.




عرفت في عهد الخلافة الإسلامية[1]، حيث نشأ الوقف في الجزائر بدخول الإسلام إليها، وكانت بدايته في إنشاء المساجد والجوامع، ثم بيوت وكتاتيب لتعليم القرآن الكريم، ثم تطور الوقف ليدخل في أغراض شتى، معتمدا في ذلك على الأحكام المقررة في الشريعة الإسلامية، ولقد أسهمت المدارس الفقهية الإسلامية، في تنظيم الوقف وتكوين مؤسساته مراعين في ذلك الأعراف المحلية التي ظهرت من خلال التطور الاجتماعي والاقتصادي والسياسي للسكان، وبذلك وضعت أحكاما وضوابط فقهية، تشكل منها نظام الوقف الذي ينظم الأحكام العامة، كما يضم الضوابط التي قررها الفقهاء للحقوق العينية التي نشأت على عقارات الوقف، وهي حقوق أسهمت الأعراف المحلية في وجودها، بكيفيات مختلفة، وبذلك أصبح الوقف ظاهرة حضارية، تميزت النهضة الإسلامية، نظرا إلى الدور قام به في عدة مجالات واجتماعية وعلمية .... إلخ.

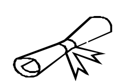
لا يختلف الوقف بين بيئة وأخرى من حيث الأغراض والأهداف التي يرمي إليها، ولكن أحكامه الشرعية الفرعية تختلف باختلاف المدارس الفقهية السائدة في كل بيئة، ويسود "المذهب المالكي" في أغلب مناطق الجزائر بل وفي باقي بلدان المغرب العربي آنذاك، ويشكل المدرسة الكبرى التي أسهمت في بناء نظام الوقف الإسلامي، غير أن ذلك لا ينفي قيام بعض المؤسسات الوقفية على "المذهب الحنفي" في بعض الحواضر التي ساد فيها خلال الحكم العثماني للجزائر حيث كان يعد المذهب الرسمي للدولة العثمانية آنذاك ويشارك "المذهب الإباضي"، هذين المذهبين في هذه المنطقة ويعتنقه بعض سكان الجزائر وما زال أتباعه متقيدين به في عباداتهم، وعليه فقد أسهمت هذه المدارس باجتهاداتها في تكوين نظاما لوقف ومؤسساته، في الجزائر حاليا

والحبس وفقا للشريعة الإسلامية عمل مرغب فيه، لقوله تعالى: "... إلا أن تفعلوا إلى أوليائكم معروفا..."[2].

ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له".

---

[1] وهي: ملكية مال مسلمين، ملكية دار الخلافة، الملكية الخاصة، الأملاك الوقفية.
[2] سورة الأحزاب. ألآية .



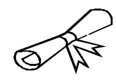

والحبس كما يقول العلماء، هو من الصدقات الجارية، خاصة إذا كان وقفا على الأعمال الخيرية ولذلك فإن هذا النوع من الملكية العقارية المتميزة، ظلت قائمة ومتنامية ومحترمة منذ الفتح الإسلامي وإلى غاية الاحتلال الفرنسي، ولقد تركت هذه الحقبة بالذات مميزات للملكية الوقفية التي عرفتها كل الدويلات الإسلامية، التي تعاقبت على الحكم في الجزائر[1].

فمع بداية القرن الثالث الهجري أصبح المذهب المالكي هو السائد في أغلب مناطق الغرب الإسلامي عموما والجزائر خصوصا، ولقد عرف المذهب المالكي بصرامته وشدته، لدى أتباعه من سكان البلاد جميعا، ذلك أن تداعيات الوجود الإداري الحاكم ذي المذهب الشيعي لمدة طويلة، إلا أنه لم ينجح في زعزعة مكانة المذهب المالكي لدى أتباعه جميعا وحتى العثمانيون الذين سيطروا على كل دواليب الدولة وآليات الحكم والذين وفقوا في إدخال المذهب الحنفي إلى البلاد، ولم ينجحوا في زعزعة مكانة المذهب المالكي أو القضاء عليه من نفوس الجزائريين إلا أنهم نجحوا في إدخال مضامين جديدة مستمدة من الإجتهادات الحنفية والتي كانت أكثر ملاءمة وطواعية لذهنية وسلوك الناس اليوم، ولعل مجال الأوقاف كان واقعا يحتاج إلى إدخال مثل هاته المرنة والطواعية على عمليات التحبيس، وهو ما شكل بابا هاما لدراسة تداعيات والإصلاحات الجديدة على عمليات التحبيس حيث ذلك أمزجة السكان حيث فضل الكثيرون المذهب الحنفي على مذهبهم المالكي الذي يجدون فيه تشددا في العديد من المعاملات التجارية والضرائب والملكية العقارية خصوصا التحبيس. فالمذهب المالكي منح للمحبس أحقية التخلي عن الشيء المحبس حال إنشائه، وهذا خلافا للمذهب الحنفي الذي يمنح للمحبس أحقية التمتع بحبسه في الحال وقبل ان يحيل ذلك إلى الورثة.

ثم إن المذهب الحنفي يمنح حق عدم توريث البنات خلافا للمذهب المالكي الذي يمنع للمحبس حق عدم توريث الجيل الأول من الورثة وهذا ما

---

[1] بدءا بالخوارج ثم الدولة الرستمية ثم الإدريسية الأغالبة فالفاطمية ثم الزيرية فالحمادية والمرابطية. ثم الموحدية ثم الحفصية وأخيرا العثمانية وهذه الأخيرة دامت (1518 إلى 1830)م.




دفع السكان وذوي البر والإحسان إلى تفضيل نظام التحبيس الحنفي على المالكي[1].

فأوقاف قسنطينة مثلا تنتمي إلى المذهب الحنفي، وتشير نصا إلى ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة في ذلك، إذ أن المذهب المالكي يفرض شروطا للحوز والقبول، بل إن التحبيس الخاص وفقا للمذهب المالكي يعطي الأحقية للمحبس المؤسس بمنح أرضه بعد وفاته إلى ورثته[2].

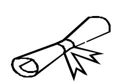
وهناك باب آخر مهم للغاية يبرر مدى إقبال الناس على اتباع التحبيس وفقا للمذهب الحنفي وهو أن: الفقهاء الحنفيين أجازوا حل الأحباس، إذا كان للمسلمين حاجة لذلك، وهذا باب طرقه المسؤولون والإداريون الحنفيون بالجزائر على الرغم من أن قضاة قسنطينة المالكيين كانوا يميلون إلى التشدد للحفاظ على الحبس ورفض أي محاولة لفسخه ولو كان ذلك من الأمير نفسه، مع العلم أن المذهب المالكي يقبل إنشاء الحبس لمدة زمنية محدودة ومعنية وهو ما حصل بالفعل عندما أقدم صالح باي على التراجع عن حبسه وعد ذلك يومئذ سابقة خطيرة، وهذه الصور وغيرها من التناقضات ترتب عنها وجود اختلاف في الأحكام ولكنه لم يؤثر على إنشاء الوقف واستمرار وظائفه، وإذا كانا لمذهب الرسمي في تلك الفترة هو المذهب الحنفي لحاكم البلاد وكبير القضاة، إلا أن المدن الأخرى كان أهلها من المالكة وشكلوا الغالبية العظمى.

أما في المناطق الإباضية فكان قضاتهم من المذهب الإباضي وهي المذاهب الثلاثة التي تشكل من اجتهاداتها نظام الوقف في الجزائر، وقد استحدثت في العهد العثماني إدارة خاصة بالأوقاف مستقلة في أموالها عنا لسلطة وقامت بالإسراف على الوقف الخيري العام، و رعاية المساجد و الزوايا والمؤسسات الخيرية التابعة للوقف والدفاع عنه أمام كافة الجهات تحت إشراف عام لنظارة الأوقاف بإسطنبول (الباب العالي)، ولقد كان أول قانون للأوقاف أصدرته الدولة العثمانية بالجزائر بتاريخ **19** جمادى الأولى **1280** هـ، ينظم شؤونها ويحميها.

---

[1] Sophie Ferciou, "Catégorie des sexes et circulation des bien Habous", dans: Ferchioiu, Dier Hasab Wa Nasab: O.Pesle la société et le partage dans le rite Malikite (Casablanca: Impr Réunis 1948) P255.

[2] Nacer Eddine Saidouni, l'Algéroi rurale à la fin de l'époque othmane, 1791-1830 (Beyrout: Dar El Gharb El Islami, 2001) P188.




مجالات الوقف في العهد العثماني:

إن الأوقاف التي كانت توجد في الجزائر خلال هذه الحقبة كانت تساهم في أعمال البر والإحسان والتي عرفت مجالاتها في ذلك العهد: أوقاف لصالح الحرمين الشريفين، مؤسسة سبل الخيرات، بيت المال، الأولياء والأشراف، الثكنات والمرافق العامة.

أولا : أوقاف مؤسسة الحرمين الشريفين:

تعد مؤسسة الحرمين الشريفين أهم المجالات التي تصرف لأجلها أوقاف الجزائر، إذ تحتل المرتبة الأولى بالنسبة للمؤسسات الخيرية الأخرى، وذلك نتيجة للمكانة الرفيعة والمنزلة العالية التي تتمتع بها البقاع المقدسة في نفوس الجزائريين الذين حبسوا ممتلكاتهم لصالح هذه المؤسسة حيث استفادت بثلاثة أرباع **(4/3)** الأوقاف الموجودة في ذلك العهد، بما يتراوح ما بين **1230** إلى **1558** ملكية [1].

ولقد كانت تخصص هذه المؤسسة جزاءا من مدخول هذه الأوقاف لتوزعه على أهالي الحرمين من فقراء ومعوزين وأبناء السبيل الذين يقيمون بالجزائر أو المارين بشرط انتسابهم للبقاع المقدسة وكانت مؤسسة الحرمين الشريفين ترسل مبلغا معتبرا من المال في كل عامين إلى البقاع المقدسة عن طريق مبعوث (شريف مكة) أو بواسطة أمير ركب الحجاز يطلق عليه "البيت المالجي" وما تجدر الإشارة إليه هو أن الحجاج الجزائريون لم يتحصلوا على أية مساعدة من مدخول الحرمين الشريفين[2].

ثانيا : أوقاف مؤسسة سبل الخيرات:

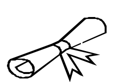
ويفهم من عبارة سبل الخيرات معنى طرق الأعمال الخيرة، ويرجع تأسيس هذه المؤسسة إلى سنة **999** هـ الموافق لسنة **1584** م[3]،

---

[1] في عام 1781م، لا حظ القنصل الفرنسي بالجزائر (فاليار) بأن معظم منازل مدينة الجزائر وبساتينها المجاورة موقوفة على مؤسسة الحرمين الشريفين وهو ما جاء في تقرير: د.ناصر الدين سعيدوني والذي يوافق الإحصاءات التي خلص إليها مؤتمر تاريخ الحضارة العربية الإسلامية المنعقدة بـ: جامعة دمشق / أنظر في ذلك: د.مولود قاسم نايت بلقاسم "الأصالة" مجلة ثقافية شهرية، وزارة الشؤون الدينية، عدد 89، مطبعة البعث قسنطينة، الجزائر، 1981، ص88.

[2] Gerard Busson Dejansens: les Wakfs dans l'islame contemporin, extrait de la revue des études islamiques, Paul Geuthner, Paris, 1952, P29.

[3] Albert Devoulx, Notice sur les corporations religieuse d'Alger, accompagnés de documents authentiques et inédite, à Alger, 1912, P67.




إن هذه المؤسسة كانت تتلقى أوقافا معتبرة وتنفق ريعها في صيانة المساجد والإشراف عليها، وقد خصص جزء من عوائد الخيرات لتوزيعه على المحتاجين كل يوم خميس.

والمذهب المتبع لدى هذه المؤسسة هو المذهب الحنفي نظرا لانتماء العثمانيين له، وذلك ما جعلهم يوقفون أملاكهم لفائدة المساجد التي كانت مجهزة من طرف العائدات الغنية وكبار سكان المنطقة[1].

لكن ما يؤخذ على مصارف مؤسسة سبل الخيرات هو انها كانت توجه تلك الأموال لصيانة المساجد الحنفية دون غيرها، والمساعدات للمحتاجين الأحناف لا غيرهم.

ثالثا : أوقاف مؤسسة بيت المال:

إن بيت المال يعد من مصارف الأوقاف وما توقف لأجله في تلك المرحلة، وهي مؤسس كانت لها مكانة هامة في العهد العثماني.

كانت هذه المؤسسة بدورها توزع ما تتلقاه من صدقات وما تدره الأوقاف من مداخيل على المسافرين في حالة الضرورة، وعلى اليتامى والفقراء كما تنفق في سبيل عتق الرقيق، كما كانت كانت تتصرف في الغنائم التي تعود للدولة حسب إدارة الداي عملا بالمصلحة العامة.

وقد يتأكد لنا بأن مؤسسة بيت المال تقوم بوظائف لم تتولاها أي مؤسسة من المؤسسات السابقة والتي تصب فيها الأوقاف.

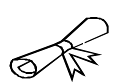
إذن، فلهذه المؤسسة طابع مختلط ديني وإداري.

رابعا : أوقاف الأولياء والأشراف وأهل الأندلس:

إن من بين مصارف الأوقاف في الجزائر إبان العهد العثماني، أضرحة الأولياء والمرابطين عبر كافة مناطق الجزائر، حيث كانت الأضرحة تحظى بشهرة داخل التراب الوطني وحتى خارجه، ولكن كانت عوائد الأوقاف تسمح بالقيام بنشاط الإحسان عن طريق توزيعها على المحتاجين، من سكان الجزائر في كل يوم خميس، وللفقراء الذين يأتون يوميا للبحث عن مأوى، وكانت الجزائر في العهد العثماني تضم أكبر عدد من الشرفاء[2]، حيث كان

[1] G.Busson DeJansens: OP.Cit- P34/ Albert Devoulx, OP-Cit P67.

[2] اسم الشريف كان يطلق على كل مسلم يثبت أنه ينحدر من فاطمة ابنة الرسول صلى الله عليه وسلم وهو أمر له شان عند العرب.




عدد الأسر الموجودة آنذاك يتراوح ما بين 200 إلى 300 أسرة، وكانت هذه الأخيرة محترمة من قبل جميع السكان والحكام، وفي سنة 1121 هـ الموافق لـ 1709 م، أسس الداي محمد بن بقطاش زاوية سميت بـ: زاوية الأشراف، وقام أغنياء الأشراف بوقف أملاك عديدة للإنفاق على هذه الزاوية من مصاريف الصيانة ودفع الأجور للعاملين بهذه الزاوية وتقديم المساعدات للمحتاجين، وبقيت هذه الزاوية حوالي (123 سنة) من دون أن تتعرض لأي تعديل إلى غاية أن بيعت من طرف وكيل الأشراف (الأشرف خان) لأحد الأوربيين سنة 1830 م، بعد خيانته[1].

كما وقف البعض الآخر من أملاكهم لسد حاجيات المسلمين الفارين من اسبانيا، والذين توافدوا بأعداد هائلة إلى الجزائر واستقروا بالسهوب، المسماة بالأندلس الوقعة في جنوب شرق وهران، وسميت هذه الجماعة بأهل الأندلس، فكانت عوائد تنفق على الفقراء من أهل الأندلس، الذين يعانون من مأساة الجدع والمرض للتخفيف من آلامهم.

<u>خامسا</u> : <u>أوقاف الثكنات والمرافق العامة:</u>

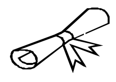
سادت خلال فترة أواخر العهد العثماني بالجزائر، اضطرابات سياسية مما دفع سكان البلاد إلى وقف أملاك عديدة من أجل إنشاء ثكنات للدفاع عن البلاد.

وكانت هذه الأوقاف تساهم في صيانة الثكنات ورعايتها أو بناء ثكنات جديدة، كما يصرف جزء من العوائد على الجنود المعوزين، ولا ننسى ما كان للأبراج والحصون من أهمية لمواجهة الحروب الأوربية، مما جعلها تنال نصيبا أوفر من الأوقاف.

ففي الجزائر العاصمة ساهمت الأوقاف في بناء سبع ثكنات وكل واحدة مقسمة إلى غرف لإيواء حوالي من 100 إلى 200 جندي،

وأما في منطقة قسنطينة مثلا فكانت تنفق العائدات على العناية بأسوار المدينة، فمن خلال ما جاء في مذطرة عبد الكريم بجاجه بعنوان: "معركة قسنطينة" والتي تم تعريبها من طرف محمد الهادي لعروق، من كون اشتهار مدينة قسنطينة بأسوارها المنيعة من قديم الزمان، والتي كانت عائقا أمام الاحتلال الفرنسي، كان دافعا لسكن المدينة وهاجسا قويا لديهم لوقف أملاكهم

[1] ناصر الدين سعيدوني، مرجع سبق ذكره، ص99/ د.مولود قاسم نايت بلقاسم، مرجع سبق ذكره، ص94،

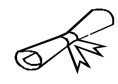
لحسابها وقد سجلات الأوقاف في قسنطينة تحتوي على قائمة طويلة من هذه العقارات من داخل قسنطينة وخارجها من أراضي وبساتين ومباني أخرى.

غير أن الفترة العثمانية عموما شهدت أيضا مصادرة الدولة للأوقاف الطريقة البكتاشية، بعد إلغاء الانكشارية لارتباطها بها، ويذكر مؤرخو العصرين المملوكي والعثماني عدة محاولات للاستيلاء على الأوقاف بحجة خرابها أو لإعادة إخضاعها لبعض أمرائهم، كما شهدت نفس الفترة نقيض هذه الصورة، حيث وقف العديد من الأمراء والسلاطين الكثير من أملاكهم[1].

الفرع 02: نظام الوقف خلال فترة الاحتلال الفرنسي .

صادرت السلطات العسكرية الفرنسية كل الأملاك التابعة لبيت مال المسلمين التي سبق التطرق إليها، بمجرد احتلالها للجزائر ابتداء من **05** جويلية **1830**، حيث بدأت بمصادرة أملاك الدايات والبايات (أموال العزل)، ثم تبعتها العقارات التابعة للوقف إلا القليل، ذلك أن المستعمر كان هدفه استيطاني بحت، وتدفقت الأعداد الهائلة من المعمرين منذ السنوات الأولى من الاحتلال والتي لا بد من إعطائها أراضي تستغلها نظرا لعدم كفاية او قناعة المعمرين بأراضي الباي ليك، فقد عمدت السلطات الاستعمارية إلى الاستيلاء على الأراضي بالجزائر، حيث وجد الأوقاف تتمتع بميزانية كبيرة وخاصة الأوقاف العامة ووقف الحرمين الشريفين، ولتحقيق ذلك كان لا بد من كسر نظام الوقف الذي كان سائدا في ظل النظام السابق البيان، والذي كان سببا في الترابط والتكافل بين أفراد المجتمع، مصدر ثروة لهم، فصنفوه على انه أحد أهم العوائق التي يواجهونها، وفي هذا الشأن وصف أحد الكتاب الفرنسيين الأوقاف على انها (تشكل الأملاك المحبسة احد العوائق التي لا يمكن التغلب عليها والتي تحول دون الاصلاحات الكبرى التي هي وحدها قادرة على تطوير الإقليم الذي أخضعته أسلحتنا وتحويله إلى مستعمرة حقيقة).

[1] تقي الدين أبو العباس أحمد بن علي المقريزي، السلوك في معرفة دول الملوك، تحقيق محمد مصطفى زيادة وسعيد عبد الفتاح عاشور، الجزء 2، القاهرة، 1970، ص345-347.




(L'inaliénabilité des L'amélioration des biens Habous aux enggés, est un obstacle invincible aux grandes améliorations qui seules peuvent trasnformer un véritable colonie territoire conquis par nos armes)[1].

كما وصفها كاتب آخر على : "الأوقاف تحد من السياسة الاستعمارية وتتنافى مع المبادئ الاقتصادية التي يقوم عليها الوجود الفرنسي بالجزائر"[2].

ولمعرفة الأساليب المنتهجة من قبل الاحتلال للقضاء على الأوقاف، فإننا نتعرض بالدراسة إلى مرحلتين أساسيتين، الأولى نورد فيها أهم التدابير الأولية التي اتخذها المستعمر لمواجهة الوقف، والثانية مرحلة السيطرة على الأوقاف على النحو التالي:

القسم الأول: التدابير الأولية لمواجهة الوقف .

أنه وتمهيدا للقضاء على الأوقاف الموجودة بالجزائر سارع الاستعمار إلى إصدار عدة مراسيم وقرارات تهدف إلى رفع المناعة عن الأملاك المحبسة، وكان أول قرار أصدرته الإدارة الفرنسية بشان الأوقاف، هو القرار الذي أصدره اللواء (أونشاف) –Général Enchef- بتاريخ **08** سبتمبر **1830** الذي ينص على أن: "للسلطات العسكرية الفرنسية الحق في الاستحواذ على أملاك موظفي الإدارة التركية السابقة وبعض الأعيان من الكراغلة والحضر بالإضافة إلى بعض الأوقاف التابعة لمؤسسة أوقاف الحرمين" .

والذي يعد انتهاكا للبند الخامس من معاهدة تسليم الجزائر في **05** جويلية **1830**، والذي ينص على ما يلي: "إن ممارسة الدين الإسلامي تبقى حرة واحترام حرية السكان على مختلف الطبقات فدينهم وأملاكهم وتجارتهم وصناعتهم لا تتعرض لأي مساس، ونساؤهم يكن محترمات وهذا يعتبر تعهد من الجنرال على شرفه.".

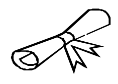
" L'exercice de la religion Mohamedane restera libre, la liberté des habitants de toutes les classes, leur religion, leurs propriétés, leur commerce et leur industrie ne recevra aucune atteinte, leurs femmes seront respectées

Le Général En Chef en prend l'engagement sur l'honneur."

---

[1] Blanqui L'Algere, Rapport sur la situation économique de nos possessions dans le nord de l'Afrique, Paris, 1840, P 128.

[2] د. مولود قاسي نايت بلقاسم، مرجع سبق ذكره، ص100.




هذا ليعزز بعدها الوضع بقرار ثاني من طرف الحاكم (كلوزال) -Clauzel- بتاريخ **07** ديسمبر **1830**، الهدف منه هو تمكين الأوربيين من امتلاك الأملاك الوقفية دون شرط أو قيد، وتدخل ضمن الأملاك العامة، (الدومين العام)، ما تبقى منها، وذلك بموجب المادة الأولى من هذا القرار[1].

وهو الأمر الذي استنكره الحاكم الجديد من بعده، (بيرتيزان)-Berthezene- في فيفري **1831**، فقرر إلغاء القرار الصادر في**07** ديسمبر **1930** ، وسعى إلى إرجاع الأوقاف إلى أصحابها لكنه تلقى معارضة كبيرة من الإدارة الفرنسية، وتم استخلافه بحاكم آخر مكانه في أواخر عام **1831** [2]، ليعاد من جديد بعد ذلك طرح الفكرة التي طرحها بيرتزان من طرف السيد : بلوندال -**Blondel**- في **08** جانفي **1835** حيث جاء في طرحه ما يلي: "إن أملاك المؤسسات الدينية هي أملاك المساجد والفقراء المسلمين ومن العدل ترك استعمال العوائد لمخلصي هذا الدين وتوزيعها من قبلهم وذلك احتراما لإرادة المنشئين ولمبادئ القرآن".

ولكن جاء في هذا المشروع "بقاء الأوقاف تحت حماية الحكومة الفرنسية".

" Les mosquées marabouts et corporations religieuses sont placés sous la protection du gouvernement Français".

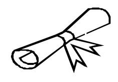
وبهذا هيأت الإدارة الفرنسية للتدخل في تسيير الأوقاف وذلك بعد ان هيأت له أرضية من المراسيم والقرارات.

وهكذا أصبحت المؤسسات تسير من طرف إدارة مختلطة حيث لا زال الموظفون المسلمون محتفظين بجزء من صلاحياتهم وذلك ببقائها خاضعة للمراقبة من طرف الإدارة المالية، ففي هذه المرحلة بالذات ركز الاحتلال الفرنسي على ثلاث نقاط:

1. استيلاء الجيش على أكبر قدر ممكن من المباني والبساتين الموقوفة لحساب المساجد ولحساب الحرمين الشريفين، حيث عمد المستعمر إلى تحويل وجهة المباني والمساجد إلى مراكز للجيش وصيدليات ومستشفيات حسب ما وصفه الكاتب الفرنسي

[1] Voir: G.Busson DeJansens, Op.Cit, P48.

[2] د. مولود قاسم نايت بلقاسم ، مرجع سابق، ص131.




(بيشون) -Pichon-، وأدى هذا التحويل إلى تدهور حالة المباني الوقفية نتيجة عدم صيانتها من طرف الاحتلال.

2. محاولة إسناد تسيير الأوقاف إلى وكلاء غير صالحين مما أضر بالمؤسسات الوقفية إضرارا كبيرا نتيجة التصرفات الخطيرة الصادرة من الوكلاء من اختلاسات والتصرف في بعض الأوقاف بالبيع، .... الخ. ما جعلها أسبابا تتمسك الإدارة الفرنسية بها للتدخل أكثر فأكثر لتسيير الأوقاف.

3. تدخل المصالح المالية للإدارة الفرنسية في تسيير المؤسسات الوقفية، وذلك بعد أن اشتكى رجال الدين من التصرفات اللامشروعة التي يقوم بها الوكلاء، وتدخل المصالح المالية في هذه المرحلة لم يكن لتنظيم ومراقبة المداخيل الوقفية، بقدر ما هو سعي من الإدارة الفرنسية للإطلاع أكثر على حقيقة مداخيل الأملاك الوقفية، ورصد عددها وطبيعتها في الجزائر.

<u>القسم الثاني</u>: <u>السيطرة النهائية على الأوقاف</u> .

تمكنت الإدارة الفرنسية من بسط سيطرتها على الأوقاف، بعد أن تمكنت من التدخل أكثر فأكثر في تسييرها، حيث أنه تم تحويل العديد من الأراضي والأملاك الوقفية إلى مكاتب ومصالح إدارية ومرافق عمومية[1].

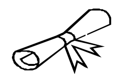
فأصبحت حسابات المؤسسات الدينية تخضع لقواعد فرنسية، ابتداء من **01** جانفي **1841م**، مما سمح للإدارة الفرنسية رصد ميزانية للمؤسسات الوقفية بنهاية سنة **1842م**.

بل الأكثر من ذلك هو جعل مداخيل الأملاك الوقفية جزءا لا يتجزأ من الميزانية الفرنسية، وذلك بمقتضى قرار وزاري مؤرخ في: **23** مارس **1843م**، بموجب المادة الأولى منه والتي تؤكد على اعتبار عوائد ومصاريف الأوقاف مرتبطة بالميزانية الاستعمارية[2].

ليتأكد هذا الانتهاك، ويتكرر مرة أخرى برفع المناعة عن الأملاك الوقفية، وإدخال هذا النوع من الأملاك في دائرة المعاملات العقارية، وذلك

---

[1] Voir: Fillias Ach, Histoire de la conquête et de la colonisation de l'Algérie 1830-1860.
[2] G. Busson DeJansens OP.Cit, P73-85.




بمقتضى المادة **03** من القرار المؤرخ في: **01** أكتوبر **1844م**، وهو الأمر الذي مكن المعمرين من الاستحواذ على أراضي الأوقاف، وإبرام عقود بيع بشأنها مع المسلمين، كما اعتبرت هذه العقود صحيحة وأضفت الإدارة الفرنسية عليها المصداقية والشرعية بل وحمايتها وهي في أيدي المعمرين، ورفض كل الاحتجاجات المستندة لقاعدة عدم إمكانية التصرف فيها[1].

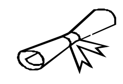
غير أن هذا القرار كان مصيره الفشل لعدم التمكن من تطبيقه إلا في بعض المناطق من الجزائر. وهو الأمر الذي أدى إلى صدور قرار آخر في **03** أكتوبر **1848م**، والذي يؤكد في مادته الأولى على تولي مصالح أملاك الدولة تسيير الأملاك التابعة للمؤسسات الدينية المتبقية، والتي لا تزال تحت إدارة الوكلاء، وما يتبعها من المباني التابعة لمساجد المرابطين والزوايا، ويخضعها للإدارة الفرنسية نهائيا[2].

لتتواصل سلسلة القرارات والتشريعات، بشأن إخضاع الأوقاف مرة بعد مرة، وهنا نرصد قرار آخر بعد ذلك بتاريخ: **16** جوان **1851م**، والذي جاء لسد الفراغ القانوني المسجل على الساحة العقارية، والسياسة الاستعمارية في الجزائر، من خلال الاعتماد على فكرتين: فكرة المنفعة العامة كأساس لنزع الملكية العقارية، واعتماد فكرة حرية التملك وحرية الصفقات العقارية، وفقا للقانون الفرنسي، وكل ذلك لإضفاء الشرعية على الحملة الشرسة من الاستيلاء والتعدي التي شهدها العقار الوقفي في الجزائر، وتبريرها وإدخال العقار الوقفي في دائرة التبادل العقاري، مما سمح لليهود أيضا بتملك عقارات وقفية، مستغلين الوضع القائم وما يحمله القانون الفرنسي من تسهيلات لذلك وذلك بموجب القرار الصادر في: **30** أكتوبر **1958م**.

ومنها تأكد المستعمر من تصفية الأملاك الوقفية، وجعلها في خدمة الاستعمار واحتياجاته، ليتوج المشروع الإستيطاني المطبق على الأوقاف، بما يعرف بمشروع (ورني) -WARNIER- الذي صدر بتاريخ: **26** جويلية **1873**، والذي جاء بفرنسة الأملاك العقارية، وهو المشروع الذي جاءت به

[1] Tables centenaires de Jurisprudence Nord Africaine (1830-1930 DàH) publiées sous la direction de louis Milliot et Gorges rectenWald , Paris, sans année, p1062.
- Ernest mercier: le code du habous ou ouakf selon la législation musulmane suivi de textes des bons auteurs et de pièces originales, Constantine, 1899, P91.

[2] Art. 01, de l'arrêté du 03 Octobre 1848: (Les immeubles appartenant aux mosquées, marabouts zaouis et en général à tous les établissements régis par les oukils, seront remis au domaine, qui les administrera conformément au reglement).




الجمهورية الفرنسية الثالثة التي قامت في الجزائر، مما نتج عنه إلغاء كل القوانين وحتى الأعراف التي كانت قائمة في الجزائر من قبل، في المعاملات وبالتالي بطلان كل الحقوق المترتبة عنها[1].

وبالتالي كان مشروع –**Warnier**-(ورني) درعا تكسرت عليه احكام ومبادئ الشريعة الإسلامية فيما يخص تسييرها للأوقاف، وخلع المناعة التي تصبغ هذه الأملاك، وفتح باب التصرف فيها لمصلحة الأوربيين.

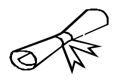
المطلب الثاني: نظام الوقف ما بعد الاستقلال إلى سنة 1990 –الفترة الانتقالية-

آل الوضع العقاري الذي كان سائدا في عهد الاحتلال الفرنسي –كما سلف بيانه آنفا- وبرمته في **05** جويلية **1962**م إلى الدولة الجزائرية المستقلة، التي كان عليها أن تثبت بأنها جديرة بتسييره طبقا لمواثيق وأهداف الثورة التحريرية، التي قررت مد العمل بالقوانين الفرنسية ما عدا التي تمس بالسيادة الوطنية، وذلك بموجب القانون رقم **157/62** المؤرخ في: **1962/12/30**م، وبذلك تم اعتبار القرارات السابق ذكرها بأنها نصوص تمس بالسيادة الوطنية، والأكثر من ذلك أنها تمس بأحكام الشريعة الإسلامية والأعراف الخاصة بمجال المعاملات فيما بين المسلمين.

ولسد الفراغ القانوني في مجال تنظيم الأملاك الوقفية، وباقتراح من وزير الأوقاف صدر نص قانوني في: **1964/10/07** وهو المرسوم رقم: **283/64**، المتضمن الأملاك الحبسية العامة، والذي سوف نرى مكانة الوقف في هذا المرسوم من خلال (الفرع 1)، والذي تعزز أكثر بعد ذلك بصدور قانون الأسرة رقم: ة**11/84** المؤرخ في: **1984/06/09** حيث نطلع على أحكام الوقف فيه من خلال (الفرع **2**)، وهما قانونين يشكلان ما يعرف بالمرحلة الانتقالية في الحياة العقارية الوقفية في الجزائر المستقلة.

الفرع01: الوقف من خلال المرسوم رقم: 64/: 283 المتضمن الأملاك الحبسية العامة:

[1] Jean Terras, Essais sur les biens Habous en Algérie et en Tunisie ryon, 1899, P122.




لقد تمت إعادة النظر في وضعية الأوقاف بعد الاستقلال، وذلك عن طريق المرسوم التنفيذي رقم: **283/64** المؤرخ في: **1964/09/17**م، والمتضمن الأملاك الحبسية العامة[1]، وهي محاولة لسد الفراغ في مجال تنظيم الأملاك الوقفة.

يحتوي هذا القانون على (**11** مادة)، قسم عبرها المشرع الأوقاف في الجزائر إلى قسمين: أوقاف عامة، وأوقاف خاصة، كما أتى بتعريف كل نوع منهما.

ولقد حاول هذا المرسوم أن يعدد الأملاك التي تعد أوقافا عمومية وهي:

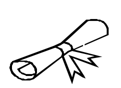
1. الأماكن التي تؤدي فيها شعائر الدين.
2. الأملاك التابعة لهذه الأماكن.
3. الأملاك المحبسة على الأماكن المذكورة.
4. الأوقاف الخاصة التي لا يعرف من حبست عليهم.
5. الأوقاف العمومية التي ضمت إلى أملاك الدولة، والتي لم يجر تنفيذها ولا تخصيصها.

ليخص المشرع فيه الصنف السادس من الأوقاف العامة، من خلال مادة مستقلة وهي المادة الثالثة والتي تعتبر تكملة للأصناف التي سبقتها، وهذا الصنف هو: الأملاك التي اشتراها أشخاص طبيعيون أو معنويون باسمهم الشخصي، او التي وقفت عليهم بعدما اشتريت بأموال جماعة من المسلمين، أو وقع الاكتتاب عليها في وسط هذه الجماعة، أو خصصت تلك الأموال بالمشاريع الدينية.

كما يبين هذا المرسوم مقاصد الوقف، وأهدافه، وأغراضه، حيث أكد على الطبيعة الدينية والاجتماعية والخيرية للوقف، وأنه يخدم الصالح الوطني، والنظام العام، كما أكد على الإطار الشرعي، الذي يجب أن يفرغ فيه هذا التصرف، وتحت طائلة البطلان.

كما أكد على ضرورة صرف عائدات الأوقاف على صيانة والحفاظ على الملك الوقفي.

1




ليطرح المشرع من خلال المرسوم مسألة فقهية محل خلاف عبر العصور، وهي مسألة استبدال وقف بوقف آخر مكانه، فكان موقف المشرع هو جواز، ولكن بشروط وهي:

- تلا شي الملك الوقفي.
- وأن يكون البديل من صنفه الشرعي.
- مراعاة شروط الواقف في وقفه، والمنافع التي يرمي لتحقيقها.

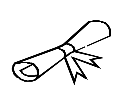
ومن خلال هذه المرحلة أسندت إدارة الأملاك الوقفية إلى وزير الأوقاف مباشرة مع منحه صلاحية تفويض الغير في تسييرها، واحتفاظه ببعض السلطات منها:

- سلطة الرقابة والوصاية، على أعمال الأشخاص المفوضين بمهمة تسيير الوقف.
- سلطة نقض العقود التي يبرمها المفوضون، والمتعلقة والمنصبة على الملك الوقفي، إذا رأى فيها ما يخالف شروط الواقف أو فيها غبن، عن طريق فسخها مباشرة ودون تعويض.
- سلطة إبرام عقود إيجار للملك الوقفي وفق ما يراه مناسبا.

باستثناء حالتي ما إذا كان بدل الإيجار يعدل أو يفوق خمسة آلاف دينار جزائري، او كان بيع الوقف لتعويضه بملك آخر يفوق ثمنه عند البيع خمسين ألف دينار، وفي كلا الحالتين يشترط لصحة التصرف أخذ رأي إدارة أملاك الدولة في الثمن.

كما حضي وزير الأوقاف في هذه الفترة بسلطة تخصيص موارد الأملاك الحبسية العامة بناء على رغبات المحبسين.

هذه الصلاحية تدخل ضمن السلطات المخولة لوزير الأوقاف عبر المادة السابعة من المرسوم الآنف ذكره، مما يجدر القول فيه أنه من المنطقي لو أدرجت هذه الصلاحية ضمن باقي الصلاحيات الأخرى، ومن ثم فإن تخصيص مواد عديدة لهذه الصلاحية يعد تكرارا في هذا الشأن، ذلك أن المشرع ألزم الجمعيات التي تسير أو تراقب الأملاك المحبسة أو المنظمات التي كلفت سابقا بهاته المهمة، بان تتبع وتخضع للمرسوم السالف ذكره، كما




أنها ملزمة بتقديم حسابات إدارتها وجميع المستندات والعقود والوثائق الثبوتية الموجودة بحوزتها، وكل المبالغ التي لديها إلى وزارة الأوقاف، والتزام وزير الأوقاف في هذه المرحلة بمعية وزير الاقتصاد الوطني، بتنفيذ أحكام ذلك المرسوم.

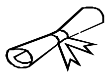
ليكون هذا المرسوم بذلك أول تقنين في مجال الأوقاف، في الجزائر المستقلة، غير أنه تجدر الإشارة إلى ملاحظة هامة في هذا الشأن، حيث أنه وبالرغم من افتقار الساحة القانونية من تقنين ينظم هذه الأملاك إلا أنه تم تجميد العمل بهذا المرسوم، فور صدوره ولم يدخل حيز التنفيذ دون أي بديل أو تبرير، مما جعل الساحة خالية تماما، من أي قانون يحمي وينظم هذه الأملاك، وهو ما ثبت لنا بعد الاطلاع على التقرير العام الذي تم رصده حول أوقاف وزارة التعليم الأصلي والشؤون الدينية[1].

وهو وضع خطير وحرج عاشته الأوقاف في تلك الفترة، استدعت حلا سريعا يعيد مكانتها ويضمن لها الحماية، بعد أن صارت عرضة للاستيلاء عليها من طرف الأفراد والدولة، حيث تم الاستيلاء على الأراضي الوقفية ذات الطابع الفلاحي أو المعدة للفلاحة والمؤسسة كوقف عام او خاص، وذلك بعد صدور الأمر رقم **73/71** المؤرخ في: **1971/11/08** المتضمن الثورة الزراعية من خلال تأميمها، ولقد كانت الدولة ترمي من خلال هذا الأمر، إلى الإلحاح على استثمار الأراضي الموقوفة واستغلالها لنقص الأراضي الزراعية، بالنسبة لعدد الفلاحين الذين لا يملكون الأرض أو يملكون قليلا منها[2].

لقد ظلت الأراضي الوقفية تعيش هذه الوضعية طيلة تسع سنوات إلى أن تم إلغاء هذا الأمر بموجب القانون رقم: **25/90** المؤرخ في: **1990/11/18** والمتضمن التوجيه العقاري وهو القانون الذي سوف نتعرض له من خلال الدراسة اللاحقة، حفاظا على التسلسل الزمني، عبر وضعية الأوقاف بعد الفترة الانتقالية.

<u>الفرع02</u>: <u>الوقف من خلال قانون الأسرة الجزائري</u>:

[1] تقرير عام من وزارة الأوقاف، وزارة التعليم الأصلي والشؤون الدينية، بدون سنة، ص03.
[2] ميثاق الثورة الزراعية، الجريدة الرسمية، عدد97، بتاريخ 1971/1414/30م.




لقد بقيت الساحة القانونية مفتقرة إلى تشريع ينظم ويحصن الأوقاف بعدما جمد العمل بالمرسوم رقم: **283/64** السالف الذكر، واستمر الوضع على ما هو عليه إلى غاية صدور قانون الأسرة الجزائري، وهو القانون رقم **11/84** المؤرخ في: **1984/06/09** حيث تم من خلاله وضع إطار عام للوقف في الجزائر، وذلك في فصله الثالث من الكتاب الرابع الخاص بالتبرعات وذلك في المواد من **213** إلى **220** منه.

ومن ثمة كان صدور هذا القانون تجسيدا لرغبة المشرع في إعادة النظر في تنظيم إدارة وتسيير الأملاك الوقفية في هذه المرحلة بالذات، فتم ذلك عن طريق قانون الأسرة الجزائري، حيث عرفت المادة (**213**) منه الوقف بكونه: "حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق". وهذا يعني تراجع المشرع الجزائري ضمنيا عن إلحاق أملاك الوقف بالأملاك العمومية سواء كانت خاصة أو عامة.

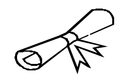
ومن ثمة فإنه من غير الجائز، إبطال عقود الحبس تأسيسا على أحكام قانون الثورة الزراعية، وأن مسألة صحة وبطلان الوقف أسندها لأحكام الشريعة الإسلامية[1]، كما شملت نصوص هذا القانون بعض أحكام الوقف والموقوف عليه، وأن يكون المال الموقوف مملوكا ولو على الشياع وأن يثبت الوقف بسند رسمي أو بحكم قضائي.

كما أكد المشرع من خلال هذا القانون ضرورة احترام شروط الواقف، إلا إذا كان لشرط منافيا للشرع، وأن كل ما يحدثه المحبس من بناء أو غراس يعتبر من الحبس.

ويتضح أن المشرع الجزائري، بوضعه هذه الأحكام المختصرة للوقف في قانون الأسرة الجزائري، كان تمهيدا لإعادة النظر في نظام الوقف وإعادته إلى ما كان عليه، كما أنه اكتفى بوضع القواعد العامة للوقف، دون التطرق لكثير من المسائل الخاصة، والمتعلقة بتسيير الوقف ونظارته أو استغلاله ....الخ.

المطلب الثالث: نظام الوقف في مرحلة ما بعد سنة 1990 :

[1] أنظر في ذلك: اجتهاد المحكمة العليا، قرار رقم 30954 بتاريخ 1984/12/03، م.ق لسنة 1989، عدد4، ص82.

إن وضعية الأوقاف في الجزائر، لم تبق عند هذا الحد، بل عرفت مراحل أخرى، حيث صدر القانون رقم **25/90**، المؤرخ في: **1990/11/18** والمتضمن: التوجيه العقاري، ثم تعزز وضع الأوقاف بصدور القانون رقم **10/91** المؤرخ في: **1991/04/27** والمتضمن قانون الأوقاف حيث قام فيه بتنظيم شامل لها، وستأتي دراسة كل ذلك مفصلا في فرعين كالآتي:

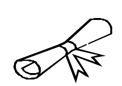
الفرع 01 : مكانة الوقف في قانون التوجيه العقاري:

لم تتضح الرؤيا حول مسألة الوقف في الجزائر بشكل جيد، بعد تلك المراحل والتقلبات التي شهدتها الأوقاف في الجزائر، هذا ولأسباب تاريخية وإيديولوجية، اتسمت جل المحاولات وإلى غاية صدور دستور **1989**، بوضع الأملاك الوقفية في حالة من الفراغ القانوني، وهذا بتهميش دورها في اقتصاد البلاد، وفرض القيود عليها، الأمر الذي أثر سلبا على الوضعية القانونية للعقار الوقف في الجزائر، إضافة إلى أن كل المحاولات المذكورة سابقا وإلى غاية سنة **1990** كانت محاولات تفتقر إلى طابع الجدية، كما تفتقر إلى التصور الشمال لمشكلة الوقف، إلى أن قرر المشرع وضع إطار قانوني محدد للأملاك الوقفية بصفة واضحة، وذلك بموجب قانون التوجيه العقاري، وهو القانون رقم **25/90** المؤرخ في: **1990/11/18**، والذي فتح المجال أمام المستحقين الأصليين للأملاك الوقفية، لاسترجاع أراضيهم المؤممة، في إطار الثورة الزراعية، وهو القانون الذي أسقط جميع الطابوهات السياسية، والاقتصادية، والاجتماعية، الأمر الذي كان له الأثر العميق على وجه النظام القانوني، وتطبيقا للدستور الجديد لسنة **1989** ولا سيما في نص مادته **(49)** المدرجة في الفصل الرابع المعنون بـ: الحقوق والحريات[1]، جاء قانون التوجيه العقاري رقم: **25/90** والذي يعلن في المادة الأولى منه عن هدفه:

"يحدد هذا القانون القوام التقني والنظام القانوني للأملاك العقارية، وأدوات الدولة والجماعات والهيئات العمومية".

وقد اعتبر نص هذا القانون صريحا عن السياسة الجديدة للعقار في الجزائر، من خلال وضع ميكانيزمات جديدة حيز التنفيذ، لإعادة هيكلة الساحة العقارية، وتكريس حماية للملكية العقارية بمختلف أصنافها، وهي الخطوة التي تعد دعامة السياسة الجديدة للعقار، واعتبر الأملاك الوقفية

[1] Ahmed Rahmani, l'impact de Constitution de 1989 sur le statut des biens public un bulletin de CDRA, 1990, P02.




صنفا قائما بذاته إلى جانب الملكية الخاصة، والأملاك الوطنية، وذلك من خلال المادة (23) منه والتي تنص على أنه: "تصنف الأملاك العقارية على اختلاف أنواعها، ضمن الأصناف القانونية الآتية: الأملاك الوطنية، الأملاك الخاصة أو أملاك الخواص، الأملاك الوقفية".

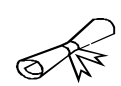
وعمد هذا القانون إلى وضع تعريف الأملاك الوقفية، من خلال نص المادة (31) منه على أن: " الأملاك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته، ليجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة، سواء كان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصين الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور".

كما سعى هذا القانون لإعادة الأراضي الوقفية المؤممة، إلى أصحابها الأصليين، غير أن عملية إرجاع الأراضي الحبوس في ظل قانون **25/90**، جاءت محدودة ذلك أنها اقتصرت على الأشخاص الطبيعيين دون المعنويين، التي عرفت عراقيل جمة، حالت دون تحقيق ذلك بالنسبة إليها، وعليه فقد عرفت عملية إرجاع أراضي الحبوس تأخرا، إلى غاية أن عالج هذه المسألة قانون الأوقاف رقم **10/91** في مادته (38)، والتي سوف نتعرض لها من خلال الفرع الثاني من هذا المطلب، والتي تتضمن نظرة المشرع إلى الأوقاف خلالها.

الفرع 02 : الوقف من خلال قانون الأوقاف رقم 10/91:

استأنف المشرع الجزائري اهتمامه بالوقف، بإصداره القانون رقم **10/91** الصادر بتاريخ **12** شوال **1411** هـ، الموافق لـ **27** أفريل **1991**م، بشأن الأوقاف وهو تشريع أوسع من سابقيه، وضع المشرع فيه نظاما جديدا للوقف، ويعتبر أحدث نظام تشريعي للوقف في دول المغرب العربي، وهو يضم **50** مادة، ومقسم إلى سبعة فصول:

الأحكام العامة، أركان الوقف وشروطه، اشتراطات الواقف، التصرف في الوقف، مبطلات الوقف، ناظر الوقف، وأحكام مختلفة.




ولم يخرج المشرع في تنظيمه للوقف عن قواعد الشريعة الإسلامية، غير أنه لم يتقيد بمذهب معين، ونص على الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية، فيما لم يرد فيه نص في هذا القانون[1].

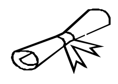
كما منح للوقف الشخصية المعنوية، وألزم الدولة بالسهر على احترام إرادة الواقف وتنفيذها، ولم يلغ المشرع الجزائري الوقف الخاص أو الذري، بل قنن أحكامه، ونص على أن يصير الوقف الخاص وقفا عاما إذا لم يقبله الموقوف عليهم، وعدد الأملاك التي تعتبر من الأوقاف العامة المصونة ومن ضمنها الأملاك الموقوفة أو المعلومة وقفا، والموجودة خارج الوطن، وأما فيما يتعلق بأركان الوقف وشروطه، هي لم تختلف عن الأحكام المقررة في الشريعة الإسلامية، كما أكد المشرع من خلال هذا القانون، على زوال حق ملكية الواقف إذا صح الوقف، كما نصت بقية أحكام الفصل الرابع منه، على التصرفات غير الجائزة، ومنها يجوز، كما أكدت أحكامه استبدال عقار الوقف بآخر في حالات محددة نصت عليها المادة **(24)** منه.

كما تعرض الفصل الخامس من هذا القانون إلى مبطلات الوقف، ومنها بطلان الوقف إذا كان محددا بزمن، كما قرر المشرع إسناد غدارة الوقف لناظر الوقف حسب تنظيم يصدر استنادا إلى هذا القانون طبقا للمادة **(34)**، ويشتمل التنظيم على شروط الناظر، وحقوقه وحدود تصرفاته.

ليختتم المشرع في المشروع بتخصيص فصل يتضمن أحكاما مختلفة لنظام الوقف، وذلك في الفصل السابع والأخير، ومن هذه الأحكام التأكيد على تطبيق على تطبيق قانون العقوبات على كل شخص يقوم باستغلال ملك وقفي بطريقة مستترة أو تدليسية، أو يخفي عقود وقف أو وثائقه أو مستندات أو يقوم بتزويرها، وفي ذلك إضفاء حماية قانونية على أموال الوقف.

كما نصت المادة **(38)** منه، على ان تسترجع الأملاك الوقفية، التي أممت في إطار أحكام الثورة الزراعية إذا ثبت تلك الأملاك بإحدى الطرق الشرعية والقانونية، وتؤول إلى الجهات التي أوقفت عليها أساسا، وفي حالة انعدام الموقوف عليه الشرعي، تؤول إلى السلطة المكلفة بالأوقاف، وفيما يلي سنعرض إلى المعيار المعتمد في إرجاع الأوقاف المؤممة (القسم **1**)، ثم

[1] أنظر: المادة (02) من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف.




إلى طبيعة التعويض عن الأملاك الوقفية التي استحال إرجاعها بذاتها (القسم 2).

القسم 01 : معيار إرجاع الأوقاف المؤممة:

يميز قانون الأوقاف بين نوعين من الوقف، شانه في ذلك شان الفقه، ومن ثمة كان معيار إرجاع الأوقاف المؤممة ، هو نوع تلك الأوقاف، فاختلفت الطريقة باختلاف نوع الوقف كالآتي:

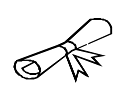
أولا: إرجاع الوقف العام: وهي كل الأراضي التي تم ذكرها في المادة **5/08** ، والمادة **6** من قانون رقم **10/91** السالف ذكره، والمادة **(06)** من المرسوم التنفيذي رقم: **381/98** الصادر بتاريخ: **1998/12/01**، المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية.

غير أن إجراءات عملية الإرجاع، تمت وفق المنشور الوزاري المشترك الصادر بتاريخ: **1992/01/14**، حيث أن الوقف من خلال هذا المنشور، تسترجعه الجهة الموقوف عليها، أو الجهة أو السلطة المكلفة بتسيير ذلك الوقف، كل ذلك يتم بصفة صورية، إذ أن تسوية الوضعية القانونية، تتم لصالح الجهة الموقوف عليها، إذا بقيت هذه الأخيرة موجودة، وفي حالة غيابها تتم التسوية لصالح الهيئة المكلفة قانونا، بتسيير الملك الوقفي، على أن يتم إبرام عقد إيجار بين المستفيدين من عملية الإرجاع، والشخص الذي يستغل الأرض، كل ذلك مراعاة أحكام المادة **(42)** من قانون **10/91**، المتعلق بالأوقاف، فيصبح بذلك الشخص المستغل للأرض مستأجرا لأرض وقفية بدلا من صفته مستفيدا من أرض مؤممة.

ثانيا: إرجاع الوقف الخاص: إن عملية استرجاع الوقف الخاص، تكون بصفة مختلفة عن تلك التي شهدناها في الوقف العام، وهذا الاختلاف يكمن في كون الملك الوقفي المؤمم إذا كان وقفا خاصا، لا يعود بذاته للمستحقين الأصليين وإنما يستعيدون أرضا مماثلة للأولى.

القسم 02 : طبيعة التعويض عن الأراضي الوقفية:

لقد انتهجت الدولة خلال عملية تعويض الأراضي الوقفية لأصحابها، أسلوبا خاصا يتمثل في "التعويض العيني" كقاعدة، ومفاد هذا الأسلوب في التعويض، هو أن الموقوف عليهم الذين استحالت عليهم استعادة الأرض الموقوفة، أن يتم تعويضهم بأرض مماثلة لها بدلا منها، وذلك حفاظا على




بقاء واستمرار الوقف، علما أنا لسبب الذي حال دون استعادة العين الموقوفة ذاتها هو تغيير وظيفتها الفلاحية، أو فقدت طابعها الفلاحي، وتعد أيضا قد فقدت طابعها الفلاحي وفقا للمادة (**13**) من الأمر **26/95**، والتي عدلت مضمون المادة (**76**) من القانون رقم **25/90** المتضمن التوجيه العقاري، بأنها كل أرض:

- تم استعمالها لغرض البناء.
- تم تغيير وجهتها الفلاحية، بموجب أدوات التعمير والمصادق عليها قانونا.

لذلك كان الحل هو تعويض الموقوف عليهم بعين مكان تلك العين، على أن تصير وقفا بنفس الشروط التي وقفت عليها العين الأولى، وهو الأمر الذي يجيزه قانون الأوقاف رقم **10/91** لا سيما المادة (**24**) منه.

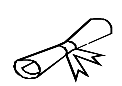
غير أن مسألة التعويض تشكل إشكالا بسبب الحالة التي يكون عليها العقار الموقوف عند استرجاعه ومنها ما يلي:

<u>أولا</u>: حالبة وجود أغراس واستثمارات، تم تشييدها من طرف المستغل للأرض المؤممة بعد عملية التأميم، فالمشرع الجزائري يجعل منها جزءا من الوقف، فألحقها بالعين الموقوفة مع بقاء الوقف شرعا، وهي قاعدة تم تقريرها من خلال المادة (**25**) من هذا القانون.

وبذلك فالموقوف عليه، يتملك تلك الأغراس والاستثمارات بشرائها، من الشخص الذي قام بغرسها أو تشييدها، سواء كانت الدولة ذاتها، أو شخص عام آخر، أو المستثمرين الخواص ويتم ذلك وفقا لإجراءات سوف نتطرق إليها في القسم الثالث من هذا النوع.

<u>ثانيا</u>: حالة وجود بناءات معدة للسكن، أو لممارسة حرف تجارية او مهنية، وهذه الحالة تخرج عن القاعدة المذكورة سابقا، ذلك انه على الرغم من تقرير حق الموقوف له في استرجاع الأرض الموقوفة، إلا أن هذا الأخير ملزم بتقديمها للتأجير لفائدة الأشخاص الذين يستغلونها وهو الحل الذي جاء به المنشور الوزاري المشترك الصادر في **1992/01/14** السالف الذكر.

<u>القسم 03 : إجراءات استرجاع الأملاك الوقفية:</u>



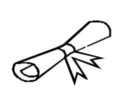

نظم المشروع إطار المطالبة بحق استرجاع الوقف، وفق الإجراءات التالية: حيث يتقد الموقوف عليه بطلب صريح مرفوق بملفه كاملا يوجه إلى الوالي وذلك طبقا للمادة (**81**) من قانون **25/90** المتضمن التوجيه العقاري، وهذه المادة تشير هي الأخرى إلى ملف الاسترجاع وطل ذلك في أجل لا يتعدى الستة أشهر من نشر القانون،

وبعد استلام الوالي ملف طلب الاسترجاع فإنه يحوله إلى اللجنة الولائية المتساوية عملا بأحكام نص المادة (**82**) من القانون السالف الذكر، والتي يرأسها المندوب للإصلاح الفلاحي وأغلب ما فصلت به هذه اللجنة بشان الأملاك الوقفية هو:

- إما إرجاع الأرض نفسها للموقوف عليهم **Restitution.**
- وإما تعويض الموقوف عليهم بمنحهم قطعة أرض مماثلة **Compensation.**

ليتم بعد ذلك إخطار الوالي بقرار هذه اللجنة، ليتخذ بنفسه قرارا بذلك، علما وأن هذه اللجنة قد تم تعديل تشكيلتها بموجب منشور وزاري مشترك تحت رقم (**80**) والمؤرخ في **1996/02/24** ، هذا وقد أسندت المادة (**26**) من قانون **10/91** مسألة إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وكيفيات ذلك إلى التنظيم، كما تخللت هذه الفترة من الزمن تطورات أهمها: إنشاء نظارة للشؤون الدينية في كل ولاية ويتم تحديد تنظيمها وعملها بموجب صدور المرسوم التنفيذي رقم **83/91** المؤرخ في: **1991/03/23.**

إن كل هذه المحطات دفعت المشروع الوقفي إلى تعديل قانون الأوقاف بموجب القانون رقم **07/01** المؤرخ في: **22** مايو **2001** والذي يعدل ويتمم القانون رقم **10/91** والذي مس تعديله بعض أحكام قانون الأوقاف، والتي سنتطرق لتبيانها لاحقا من خلال الفصل الثاني لهذه الدراسة، والتي سوف نتحدث فيها بشيء منا لتفصيل عن تسيير الملاك الوقفية وإلى طرق استغلالها وتنميتها من خلال قانون الأوقاف رقم **10/91** وما تلته من تعديلات في هذا الشأن.




الفصل الثاني

تسيير الأملاك الوقفية واستغلالها

لقد تعددت الأساليب الإدارية والقانونية التي حاولت الدول التي تعترف بنظام الوقف، أن تتحكم من خلالها في الأملاك الوقفية وفي عائدات وإيرادات تلك الأملاك، ولقد اختلفت الأساليب باختلاف نوع الوقف والهدف الذي أنشئ من أجله.

أما بالنسبة للجزائر فإن إدراك المشرع مدى حاجة الأملاك الموقوفة إلى من يقوم برعايتها وصيانتها والحفاظ عليها من الخراب، دفعه كل ذلك إلى إنشاء إدارة خاصة بتسيير شؤونها من عمارة وصيانة، وتوزيع ريعه على المستحقين.

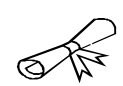
وللمحافظة على بقاء المال الوقفي واستمراره في النشاط، فقد حاول المشرع وضع طرق قانونية لاستغلال هذه الأموال واستثمارها ضمانا منه على نمائها، الأمر الذي دفعه إلى تبني سياسة محكمة والعمل بنماذج كثيرة ومتنوعة من التصرفات والعقود التي لم يعمل بها من قبل.

وحتى نلم بكل جوانب هذا الموضوع، سوف نتطرق إلى تسيير الأملاك الوقفية واستغلالها من خلال مبحثين، نتناول من خلال المبحث الأول أساليب التسيير المالي والإداري للأملاك الوقفية ثم نتجه إلى تحليل ودراسة أساليب استغلال واستثمار الملك الوقفي وتنميته من خلال المبحث الثاني من هذا الفصل، بالشكل التالي:

المبحث الأول: تسيير الأملاك الوقفية.

لقد اعتمد المشرع الجزائري في مسألة تسيير الملك الوقفي من الناحيتين الإدارية والمالية، على أجهزة إدارية خاصة بهذا الملك وأسلوبا ماليا مميزا في المعاملات التي تجريه بشأنه، وكل ذلك تحت رقابة الإدارة المركزية.

لذلك سنتناول أسلوب هذا التسيير عبر ما يحتويه هذا المبحث من المطالب التالية:

نتناول في المطلب الأول، طرق إدارة وتسيير الأملاك الوقفية وفي المطلب الثاني، الرقابة على تسيير الأملاك الوقفية، ثم ندرس الأسلوب النموذجي والأكثر استعمالا من طرف الإدارة في التسيير المالي للأوقاف والتمثل في أهم عقد من عقود التسيير وهو الإيجار و ذلك تحت عنوان إيجار الأملاك الوقفية.

المطلب الأول: طرق إدارة و تسيير الأملاك الوقفية.

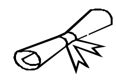
لقد انتهج المشرع في تسيير الأملاك الوقفية إداريا نمطين من التسيير، تمثل النمط الأول في الأسلوب المركزي المجسد في حصر مهمة التسيير والحماية على المستوى الوطني، بيد هيئة واحدة وهي لجنة الأوقاف لدى الوزير المكلف بالشؤون الدينية، وأما النمط الثاني الأسلوب اللامركزي والمتجسد في شكل نظارة[1] للأوقاف على مستوى كل ولاية، مهمتها إدارة وتسيير وجرد كل الأملاك الوقفية وذلك من خلال استحداث منصب وكيل الأوقاف في كل مقاطعة إدارية يتابع أعمال مديرية الأوقاف في الولاية، وحتى نعطي هذا العنصر حقه في الدراسة سوف نتطرق إلى المحاور الفرعية التالية:

التنظيم الهيكلي للإدارة المسيرة للأوقاف، ثم شروط تعيين الناظر أو ما يعرف حاليا بوكيل الأوقاف ومهامه على النحو التالي:

الفرع الأول: التنظيم الهيكلي للإدارة المسيرة للأوقاف.

لقد أصبحت المؤسسات الوقفية متسلحة بإدارات حديثة، وبعلاقات أفضل مع الدولة لمشاركتها في جهود التنمية، وإن تحقق ذلك فإن الفضل فيه يعود إلى التنظيم المحكم للهياكل الإدارية المسيرة للأملاك الوقفية، بعدما كانت البنية الإدارية للوقف سابقا بنية بسيطة وغير معقدة في البدايات المبكرة لتكوينه ثم ما لبثت أن تطورت لأسباب كثيرة، أهمها زيادة الوقفيات وتراكمها بمرور الزمن، ولارتباط عدد كبير منها بالمؤسسات الاجتماعية والمرافق العامة، ذلك كله أدى إلى نمو هياكل إدارية مؤسسية لإدارة الأوقاف بنوعيها وضبط شؤونها.

[1] النظارة أصبحت تحمل اليوم اسم: المديرية، بموجب المرسوم التنفيذي رقم 2000-200 المؤرخ في 26 جويلية 2000 الذي يحدد قواعد تنظيم مصالح الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية وعملها.



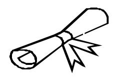

لـذلك وضـع المشـرع جهـاز "إداري" متكامـل لتسـيير شـؤونها تحـت إشـراف وكيـل الأوقـاف (أو النـاظر سـابقا)، وضـمّن هـذا الجهـاز فـي معظـم الحالات، العديد من الوظائف الأخرى الإشرافية، والمالية والقانونيـة والفنيـة[1]، وبعدما كانت في العهد العثماني من قبل، لا تشرف سوى علـى "الأوقـاف السلطانية" التي كانت تشمل أوقاف الحكام وبعض حواشيهم، واستمر وجود ديوان خاص بها إلى ما بعد نهاية الحكم العثماني بالجزائر بعدة سنوات، والذي كان مآله الجمود والركود ودخول العاملين بهذا الديوان في دائرة الاختلاسات والاستغلال اللامشروع لهذه الأملاك وهو الأمر الذي أعطى سلطات الاحتلال الفرنسي سببا للتدخل في شؤون هذا الديوان بحجة فساده وسوء تسييره للأملاك الوقفية".

ولكن الأوقاف انتعشت بعد نهاية الاحتلال الفرنسي للجزائر، وذلك بان عرفت في ظل الدولة المستقلة هياكل جديدة، قائمة على خدمتها وتسيير شؤونها، وحتى يتجنب المشرع الجزائري، حالة الفساد الإداري الذي شهدته الإدارة التي كانت قائمة بذات المهمة سلفا، والمتمثلة في ديوان الأوقاف جعله يسعى جاهدا لتأمين أسلوب أفضل في إدارة المال، بحيث نص في قانون الأوقاف رقم **91-10** السالف ذكره، في المادة **26** منه على أنه: "تحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وكيفيات ذلك عن طريق التنظيم".

ليتولى المشرع الجزائري هذه المسألة تنظيميا بعد مرور سبع سنوات على صدور هذا القانون لتضبط أجهزة التسيير الإداري للملك الوقفي بصورة واضحة ونهائية بصدور المرسوم التنفيذي رقم: **98-381** المؤرخ في الفاتح من ديسمبر سنة **1998** والذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك حيث أنشئت بموجب هذا المرسوم لجنة للأوقاف مستحدثة لدى الوزير المكلف بالشؤون الدينية، تتولى إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها.

ولقد تم إنشاء هذه اللجنة بموجب قرار صادر من الوزير المكلف بالشؤون الدينية والذي منحه القانون أيضا صلاحية تحديد تشكيلة هذه اللجنة وتحديد مهامها وصلاحياتها ليتجلى من خلال هذه اللجنة النمط المركزي في التسيير الإداري واضحا.

[1] لمزيد من التفاصيل حول الهيكل الإداري للأوقاف في الجزائر خلال العهد العثماني، أنظر: ناصر الدين سعيدوني: "موظفو مؤسسة الأوقاف بالجزائر اواخر العهد العثماني من خلال وثائق الأرشيف الجزائري"، المجلة التاريخية المغاربية العددان: 57-58، لسنة 1990، ص 175-192.

لتتدرج الهياكل الأخرى، بعد هذه اللجنة تدريجيا، من خلال إنشاء نظارة للشؤون الدينية في كل ولاية، تمنح لها مهمة المشاركة في التسيير والتوثيق الإداريين والجرد للأملاك الوقفية طبقا للمرسوم التنفيذي رقم **2000-200** المؤرخ في: **26** جويلية **2000** المحدد لقواعد تنظيم مصالح الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية وعملها.

وهو الأسلوب الثاني الذي تقوم عليه التركيبة المؤسسية والهيكلية للإدارة المسيرة للأوقاف في الجزائر، والمتمثل في الأسلوب اللامركزي في التنظيم الإداري لهذه المؤسسة والذي يوزع المهام والسلطات في يد مديريات ولائية، يشاركها في ذلك وكيل الأوقاف عبر كل مديرية ولائية، مهمته المراقبة والإشراف الميداني في حدود اختصاصه الإقليمي (على صعيد مقاطعته)، تحت إشراف ناظر الشؤون الدينية وفقا لأحكام المادة (25) من المرسوم التنفيذي رقم **91-114** المؤرخ في **27** أفريل **1991** والمتضمن القانون الأساسي الخاص بعمال الشؤون الدينية، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم **02-96** المؤرخ في **02** مارس **2002** كل حسب اختصاصه.

الفرع الثاني: شروط تعيين ناظر الوقف ومهامه.

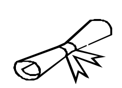
إن الأملاك الوقفية كما ذكرنا سالفا، تحتاج إلى من يقوم برعايتها، وصيانتها والإشراف على شؤونها، حرصا على الأملاك من الخراب، والسهر على توزيع ريعها على المستحقين، ويطلق على الشخص الذي يثبت له الحق في إدارة الوقف اسم: المتولي أو القيم أو الناظر.

ويمكن دراسة موضوع الولاية في الوقف من خلال مفهوم الناظر وشروط تعيينه، ثم معرفة مهامه وصلاحياته.

القسم 01: مفهوم الناظر و شروط تعيينه.

أولا: مفهوم الناظر

إن الشيء الموقوف كما سبق وأن ذكرنا، يحتاج إلى من يقوم برعايته وصيانته من الخراب، وإدارة شؤونه من عمارة وتوزيع ريعه على المستحقين.




ويطلق على الشخص الذي يثبت له الحق في وضع اليد على الوقف لإدارته اسم المتولي أو القيم أو الناظر. ولقد أعطت المادة **(07)** من المرسوم التنفيذي رقم **98-381** السالف ذكره، مفهوما عاما للنظارة على الملك الوقفي بحيث لخصتها في العناصر التالية: التسيير المباشر للملك الوقفي – رعايته – عمارته – استغلاله – حفظه – حمايته.

وهذه الولاية تثبت للشخص الذي تتوافر فيه الشروط، وبذلك تكون الأولوية حسب الشرع والقانون، وتسبقهم في ذلك حجة الوقف، أي اختيار الواقف ذاته، ذلك أن إرادة الواقف وشرطه كنص الشارع.

ولذلك وضع الفقهاء ترتيبا للأشخاص الذين تصح ولايتهم على الوقف متخذين على رأسهم في تلك الولاية الواقف ذاته، ذلك أن الواقف صاحب الإرادة الأولى في تعيين الناظر أو المتولي أثناء إنشاء الوقف، لذلك رأى الفقهاء بأنه أقرب الناس إلى هذا الوقف، وما دام يملك إرادة التولية لغيره فالأجدر أن تثبت له[1].

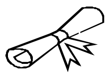
لكن هناك البعض من الفقهاء من أنكر الولاية للواقف نفسه، مما جعلنا نبحث حول رأي المشرع الجزائري حول هذه المسألة، فوجدنا بأن قانون الأوقاف، قد تبنى الرأي الأول القائل بأحقية الواقف بالولاية على الوقف من غيره، ثم درج ترتيبا معينا للأشخاص الذين تصح ولايتهم: في نص المادة **(16)** من المرسوم التنفيذي رقم: **98-381** الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك[2]، وذلك من بينك

1. الواقف أو من نص عليه عقد الوقف.
2. الموقوف عليه، أو من يختارونه، إذا كانوا معينين محصورين راشدين.
3. ولي الموقوف عليهم، إذا كانوا معينين محصورين غير راشدين.
4. من لم يطلب النظارة لنفسه، من أهل الخير والصلاح، إذا كان الموقوف عليه غير معين، أو معينا غير محصور وغير راشد ولا ولي له.

---

[1] الإمام محمد أبو زهرة – مرجع سبق ذكره، ص 288.

[2] وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، القوانين والمراسيم والقرارات التي أصدرتها وزارة الشؤون الدينية والأوقاف .




كما تؤكد المادة (12) من نفس المرسوم على ضرورة وجود ناظر يرعى شؤون الملك الوقفي حيث نصت على أنه: (تسند رعاية التسيير المباشر للملك الوقفي إلى ناظر الملك الوقفي في إطار أحكام القانون رقم: **91-10** المؤرخ في: **1991/04/27** والمذكور أعلاه).

ثانيا: شروط تعيين الناظر

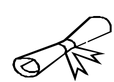
يعين ناظر الوقف بقرار من الوزير المكلف بالشؤون الدينية، وذلك بعد أن يستطلع رأي لجنة الأوقاف التي سبق التعرض إليها، وذلك إذا كان الوقف عاما، كما يعتمد ضمن صلاحياته ناظرا حتى للملك الوقفي الخاص وذلك عند الاقتضاء، استنادا إلى عقد الوقف أو إلى اقتراح ناظر الشؤون الدينية وذلك من بين الأشخاص الذين سبق ذكرهم في مفهوم الناظر، والذين بينتهم المادة (**16**) من المرسوم التنفيذي رقم: **98-381** المؤرخ في: **1998/12/01** السالف ذكره.

ولقد اتفق الفقهاء على الشروط الواجب توافرها في المتولي بالغا عاقلا، كما اشترط الفقهاء وجوب كون المتولي المختار عادلا أمينا على الأموال الموقوفة وذلك لتمكنه من رعايته على أحسن وجه[1].

وفي كل الأحوال فإن شروط تعيين ناظر الوقف في التشريع الجزائري جاء موافقا ما أجمع عليه الفقهاء، مع إضافة شرط الجنسية والكفاءة، حيث نصت المادة (**17**) من المرسوم التنفيذي رقم: **98-381** السالف ذكره على ضرورة تحقق **06** شروط في المتولي أو الناظر المعتمد لهذه المهمة وهي:

1. أن يكون مسلما.
2. جزائري الجنسية.
3. بالغا سن الرشد.
4. سليم العقل والبدن.
5. عدلا أمينا.
6. ذا كفاءة وقدرة على حسن التصرف.

[1] شيخ الإسلام الإمام ابن تيمية: الفتاوى الكبرى – دار المعارف – بيروت- لبنان- الجزء الثالث- دون سنة- ص(542)، وانظر أيضا الإمام محمد أبو زهرة- مرجع سبق ذكره- ص(303).

وتثبت هذه الشروط بالتحقيق والشهادة المستيقظة والخبرة.[1]

<u>1: أن يكون مسلما:</u>

لقد اختلف الفقهاء في مسألة جواز إسناد النظارة على الملك الوقفي لغير المسلم، إذ أن المالكية تشددوا في ضرورة إسلام الناظر، وأجاز الحنفية النظارة حتى لغير المسلم إذا كان قادرا بالغا، وتوسط الحنابلة الرأيين، بحيث منعوا ولاية الكافر على وقف أنشأه الواقف لمسلمين، وأجازوا نظارته على الوقف الذي يكون الموقوف عليهم فيه غير مسلمين.[2]

لكن المشرع الجزائري قد تشدد في مسألة الإسلام شأنه في ذلك شأن المالكية، وهو الشرط الذي جعله على رأس قائمة الشروط التي ذكرتها المادة(**17**) من المرسوم التنفيذي رقم: **98-381** السالف ذكره.

وهذا الشرط لازم مادام أن الأمر متعلق بعمل من أعمال البر والخير والإحسان التي يكون الهدف الأول منها هو ابتغاء مرضاة الله دون غيره، وأنه لا يجوز أن يتولى على مسلم لقوله تعالى:" ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا...".

<u>2: أن يكون جزائري الجنسية:</u>

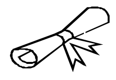
لم يدرج الفقهاء هذا الشرط في أحكامهم لأن دار الإسلام واحدة مهما تباعد الأمصار، ولكن اشترطوا أن يكون من أهل الدار(أي دار الإسلام ، وهي كل البلاد الإسلامية).

غير ا، النظرة القطرية، واستقلال كل رقعة من البلاد الإسلامية بحكم خاص بها، أصبحت الجنسية للمسلم تكون على أساس الرقعة التي يقطنها وليس على أساس معتقده ودينه، لذلك ربط المشرع هذا الاعتبارات بشروط تولي نظارة الملك الوقفي، وهي أن يكون جزائري الجنسية، على اعتبار أن

---

[1] أنظر في ذلك المادة (17) من المروم التنفيذي رقم: 98-381 المؤرخ في : 1998/12/01: الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك.

[2] وهبة الزحيلي مرجع يبق ذكره ص 232، وأنظر زهدي يكن الوقف في الشرع والقانون –دار النهضة العربية- بيروت – لبنان 1388 ه ص74 وما بعدها.




ألأمر في نظر المشرع يتعلق بوظيفة إدارية وتسيير هذا النوع من الملكية يتطلب من القائم عليها أن يكون ملما بكل خباياها[1].

3: أن يكون بالغا سن الرشد:

إن شرط البلوغ متفق عليه بين الفقهاء جميعا، ونص عليه المشرع من خلال المادة **(16)** من المرسوم التنفيذي رقم: **98-381** السالف ذكره، وذلك لأن الأمر متعلق بمهام الإدارة والتسيير، فلا يعقل أن يتولى هذه المهام قاصر، فلو كان الناظر المعين من قبل الواقف صغيرا عند تعينه، فإن توليته لا تصح، ويجوز للقاضي إبطالها لأن ولاية الوقف للرعاية والنظر فلا يقوم بها إلا ذا رشد.

كما أنه بالنظر إلى كون الصغير لا يمكن من ماله، فكيف يتولى إدارة أموال غيره، فإذا بلغ سن الرشد بعد ذلك تولى نظارة الوقف بشرط الواقف، كما يجوز له بعدها أن يطالب القاضي بإعادة التولية إليه بعدما منعت منه لصغر سنه.

4: أن يكون سليم العقل والبدن:

ذلك أن المجنون لا تصح نظارته وتوليته على الوقف، ولقد عبر الفقهاء على هذا الشرط أيضا بمصطلح الكفاية اللازمة،وهي قدرة التصرف، فإن كان عاقلا ثم جن كانت النظارة عند صدورها صحيحة، ولكن أفسدها جنون المتولي ويحدث ذلك لدى صاحب الجنون المتقطع، فالقياس العقلي استحسن بطلان الولاية على الوقف، وأكده القانون، فإن أفاق من جنونه عادت إليه الولاية والنظارة بشرط الواقف وبدون حاجة إلى إذن.

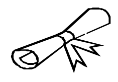
5: أن يكون عادلا أمينا:

لقد اختلف الفقهاء في مدى لزوم هذا الشرط، فمنهم من يرى جواز إسناد النظارة على الوقف لغير عادل، كما أن يكون فاسقا[2]، وجعلوا منه شرطا للأولوية لا شرط صحة.

ولكن ذهب أغلبهم إلى جعل العدالة شرطا لصحة النظر سواء كان الناظر الواقف أم غيره [1]، وهو موقف تبناه المشرع الجزائري من خلال

---

[1] رامول خالد مرجع سبق ذكره ص 120
[2] رأي الحنفية، أنظر في ذلك: الإمام محمد أبو زهرة: مرجع سبق ذكره، ص 319.




المادة (16) المذكورة أعلاه وجعله شرط صحة لا شرط أولوية، ويسقط مطلقا.

كما يجب أن يكون أمينا على الوقف وعلى غلاته، فا يجوز تولية الخائن، ومن ثمة يلاحظ حرص المشرع وتأكيده على تولية الأمناء الثقات، ومراقبتهم ومحاسبتهم والتعامل معهم في ضوء ذلك.

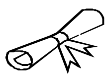
6: <u>أن يكون ذا كفاءة وقدرة على حسن التصرف:</u>

إنه وبالنظر إلى المهام والمسؤوليات التي تلقى على عاتق ناظر الملك الوقفي بمجرد تعيينه واختياره من طرف الواقف، أو اعتماده من طرف الوزير المكلف بالشؤون الدينية والأوقاف بقرار، فإن كل ذلك يستدعي ضرورة تمتع هذا الناظر بالكفاءة والقدرة وحسن التصرف، وهي كلها عوامل تتطلب منه تمرس وحكم كبيرين وإطلاع واسع بميادين شتى، وذلك حتى لا يضيع المال، كل ذلك تحت رقابة وكيل الأوقاف والذي يكون هو الآخر مسئولا بدوره أمام جهات أعلى تسهر على رعية وحماية الملك الوقفي من الضياع.

لذلك وحرصا من الدولة على ضمان الكفاءة اللازمة في مجال تسيير الملك الوقفي وإدارته من طرف المتولين على شؤونه، فإن الدولة قد أنشأت معاهد إسلامية لتكوين الإطارات الدينية لوزارة الشؤون الدينية والأوقاف، بموجب المرسوم رقم **81- 102** المؤرخ في **23** ماي **1981** المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم: **02-3** المؤرخ في **03** سبتمبر **2002** المتضمن إنشاء المعاهد الإسلامية لتكوين الإطارات الدينية[2]، كما قامت الوزارة بإخضاع القائمين على الأملاك الوقفية ووكلاء الأوقاف إلى المسابقات والاختبارات، ومن أهم ما صدر في هذا الشأن القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: **06** ذي الحجة عام **1419**هـ الموافق لـ: **23** مارس **1999**م يتضمن برامج المسابقات على أساس الاختبارات والامتحانات والاختبارات المهنية للالتحاق بالأسلاك الخاصة بعمال قطاع الشؤون الدينية والأوقاف[3]، حيث وضع هذا القرار من خلال الملحق الثالث منه، برنامج المسابقة على أساس

---

[1] وهو رأي الشافعية والمالكية والحنابلة، غير أن أحمد بن حنبل استثنى حالة الموقوف عليهم النظارة، فاسقط عنهم الشرط لأنهم الجامعون لغلاتهم.
[2] نشر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية- العدد (60) –الصادرة بتاريخ: 08 سبتمبر 2002.
[3] نشر بالجريد الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية- العدد (81) الصادرة بتاريخ: 1999/11/17




الاختبارات الخاصة بسلك وكلاء الأوقاف، يتضمن اختبارات كتابية، وأخرى شفوية.

لتطور الوزارة بعد ذلك التكوين الخاص بالقائمين على الملك الوقفي بصدور القرار الوزاري المشترك المؤرخ في: **08** جمادى الثانية **1423هـ** الموافق لـ **17** أوت **2002**م يحدد برامج التكوين المتخصص[1]، حيث وضعت الوزارة من خلاله برنامج التكوين المتخصص الخاص برتبة وكيل الأوقاف، يتضمن هذا البرنامج:

- المنظومة القانونية للأوقاف.
- الجانب الفقهي للأوقاف.
- الجانب التاريخي والاقتصادي للأوقاف.
- الجانب التطبيقي والعملي للوقف.
- زيارات عملية وميدانية.
- ورشات للأعمال التطبيقية.

ليكلل في الأخير هذا التدريب بإعداد تقرير.

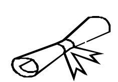
<u>القسم 02</u>: <u>مهام الناظر و صلاحياته.</u>

إن ناظر الملك الوقفي يضطلع بمهام عديدة تدخل في إطار رعاية التسيير المباشر للملك الوقفي، بحيث أسندت إليه هذه المهام في إطار أحكام قانون الأوقاف رقم: **91-10** السالف ذكره، والذي ترك تحديد مهام الناظر إلى النصوص التنظيمية، ولقد توضحت مهام ناظر الملك الوقفي بوضوح بعد صدور المرسوم التنفيذي رقم: **98-381** المؤرخ في: **1998/12/01**، الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك. بحيث جاء في المادة (**13**) منه بأنه يباشر ناظر الملك الوقفي عمله تحت مراقبة وكيل الأوقاف ومتابعته ويتولى على الخصوص المهام الآتية.

وذكرت مجموعة من المهام على سبيل الذكر لا الحصر، والتي سنبينها في العنصر الموالي.

<u>أولا: مهام الناظر</u>

[1] نشر بالجريد الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية- العدد (61) الصادرة بتاريخ: 04 رجب 1423هـ الموافق لـ 11 سبتمبر 2002م.

- السهر على العين الموقوفة، ويكون بذلك وكيلا على الموقوف عليهم، وضامنا لكل تقصير.
- المحافظة على الملك الوقفي وملاحقته، وتوابعه من عقارات ومنقولات.
- القيام بكل عمل يفيد الملك الوقفي، أو الموقوف عليهم.
- دفع الضرر عن الملك الوقفي، مع التقيد بالتنظيمات المعمول بها وبشروط الواقف.
- السهر على صيانة الملك الوقفي المبني وترميمه وإعادة بنائه عند الاقتضاء وزراعتها وفقا لأحكام المادة **45** من القانون رقم: **91-10** المؤرخ في: **1991/04/27** والمذكر أعلاه.
- تحصيل عائدات الملك الوقفي.
- السهر على أداء حقوق الموقوف عليهم مع مراعاة شروط الواقف، بعد خصم نفقات المحافظة على الملك الوقفي وحمايته وخدمته المثبتة قانونا. والجدير بالذكر هو أن هذه المهام المبينة ليست محدودة ولا حصرية، لأن ناظر الوقف يضطلع أيضا بمهام أخرى منها:
  - مهمة البحث عن الأملاك الوقفية التي خلفها الواقف وجردها والسعي في توثيقها إداريا طبقا للتنظيم المعمول به.
  - كما تدخل في صلب مهامه رعاية الملك الوقفي وعمارته.

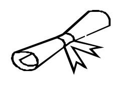
- **رعاية الملك الوقفي:**

ورعاية الملك الوقفي هي الحرص على إنجاز مشاريعه، واستصلاح أراضيه وبساتينه والقيام بكل مستلزماته، أو تشجيره وكذا اقتناء العتاد الفلاحي ومستلزمات الزراعة، وإن كان محلا فتدخل في باب رعايته القيام بتجهيزه.

- **عمارة الملك الوقفي:**

يقصد بعمارة الملك الوقفي في صلب هذا النص ما يأتي:

- صيانة الملك الوقفي وترميمه.




- إعادة بناء الملك الوقفي عند الاقتضاء
- استصلاح الأراضي الوقفية وزراعتها بغرس الفسيل وغيره[1] وذلك باستحداث كل أوجه التجدد الأخرى ذات الطابع التحسيني والتنموي.
- كما تضاف للناظر مهام أخرى يفرضها عليه التسيير المباشر للملك الوقفي تتمثل في مسك حسابات ريوع الملك الوقفي الذي يسيره في هذا الصدد، ويقوم بتوزيعها على الموقوف عليهم حسب شروط الواقف إن كان الوقف خاصا، أو يقوم بصب المبالغ المحصلة في حساب الأملاك الوقفية للولاية إن كان وقفا عاما[2]

ثانيا: انتهاء مهام الناظر

لم يعرف نظام الوقف في الجزائر سوى حالتين تنتهي فيهما مهام ناظر الوقف نص عليهما المرسوم التنفيذي رقم (**98-381**) السالف ذكره، من خلال ما جاء في المادة (**21**) منه، وهما حالتي: "الإعفاء والإسقاط."

- حالات الإعفاء:

يعفى ناظر الملك الوقفي من مهامه، وتبطل تصرفاته إذا مرض مرضا أفقده القدرة على مباشرة العمل، أو أفقده قدرته العقلية.

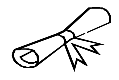
ويعفى من ممارسة مهامه إذا ثبت نقص كفاءته، أو إذا تخلى عن منصبه بمحض إرادته شريطة أن يبلغ السلطة السلمية كتابيا برغبته في الاستقالة وتاريخ مغادرته.

كما يعفى من ممارسة مهامه إذا ثبت أنه تعاطى أي مسكر أو مخدر أو لعب الميسر أو رهن الملك الوقفي كله أو جزءا منه أو أنه باع مستغلات الملك الوقفي، دون إذن من السلطة المكلفة بالأوقاف، أو الموقوف عليهم، أو ادعى ملكية خاصة في جزء من الملك الوقفي أو خان الثقة الموضوعة فيه، أو أهمل شؤون الوقف.

- حالات الإسقاط:

[1] أنظر المادة (08) من المرسوم التنفيذي رقم: 98-381 السالف ذكره

[2] أنظر المادة (07) من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في : 02 مارس 1999، الذي يتضمن إنشاء صندوق مركزي للأملاك الوقفية، نشر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد (32)بتاريخ 02 ماي 1999.




تسقط مهمة الملك الوقفي، إذا ثبت أنه يضر بشؤون الملك الوقفي وبمصلحة الموقوف عليهم، أو تبين أنه يلحق ضررا بمستقبل الملك الوقفي أو موارده أو إذا ارتكب جناية أو جنحة.

في حالة رهن أو بيع المستغلات دون إذن كتابي، يعتبر الرهن أو البيع باطلين بقوة القانون ويتحمل الناظر تبعات تصرفه.

هذان هما الحالتين اللتين نص عليهما المرسوم المذكور أعلاه، وتثبت تلك الحالات بواسطة التحقيق والمعاينة الميدانية، والشهادة والخبرة والإقرار تحت إشراف لجنة الأوقاف المشكلة لدى الوزير المكلف بالشؤون الدينية والأوقاف. فإذا كان الوقف عاما، كان الإعفاء والإسقاط بموجب قرار من الوزير المكلف بالشؤون الدينية والأوقاف، وإذا كان الوقف خاصا كان إنهاء مهمة الناظر بحكم قضائي يصدره القاضي المختص، بناء على طلب الموقوف عليهم، أو الواقف ذاته إذا لم يشترط لنفسه الولاية، فإن كان هو الناظر وولى غيره النظر فله عزله مباشرة دون اللجوء إلى القضاء، لأنه وكيل عنه والموكل له عزل الوكيل في أي وقت شاء[1].

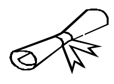
المطلب الثاني: الرقابة على تسيير الأملاك الوقفية.

إن الرقابة على الأملاك الوقفية تعددت عبر الزمن، وذلك بحسب التنظيم الإداري والقانوني الساري المفعول وقتئذ، ووفقا للهدف الذي أنشئت من أجله إلى غاية ما وصلت عليه الآن، فبالنسبة للجزائر فقد أخذت بفكرتين متضاربتين في تسيير الأملاك الوقفية، بحيث أخذت فكرة التسيير المركزي للأملاك الوقفية في جانب من جوانب إعمال رقابتها عليه، كما اعتمدت من جانب آخر التنظيم اللامركزي، وحتى نعطي لهذا الجانب حقه الكامل في الدراسة سوف نتطرق إلى المحاور التالية:

الفرع الأول: الرقابة المركزية للإدارة الوقفية.

تتمثل الإدارة المركزية للأملاك الوقفية، في وزارات الشؤون الدينية والأوقاف، الممثلة في شخص وزيرها المكلف بالأوقاف، إضافة إلى اللجنة الوطنية للأوقاف، وهي لجنة تنشأ بقرار من الوزير المكلف بالشؤون الدينية والأوقاف، الذي يحدد تشكيلتها ومهامها وصلاحياتها وتتولى اللجنة الوطنية

[1] غير ان الإمام أبو زهرة يرى أنه جاء في الدر المختار ورد المحتار انه: "ولو متهما يجبره على التعيين شيئا فشيئا ولا يحبسه بل يهدده يومين أو ثلاثة فإن فعل فبها وإلا يكتفي منه باليمين".

للأوقاف بالجزائر إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها في إطار التشريع والتنظيم المعمول بهما.

وتتجلى مظاهر المركزية في التسيير الإداري للأملاك الوقفية، في إشراف وزير الأوقاف على تعيين نظار الملك الوقفي فالناظر يعين بقرار وزاري وتشترك اللجنة الوطنية للأوقاف في هذا التعيين أيضا، إذ يتعين على الوزير المكلف بالأوقاف استطلاع رأي لجنة الأوقاف الوطنية في ذلك طبقا لأحكام **(16)** من المرسوم التنفيذي رقم: **98-381** المؤرخ في: **98/12/01** الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك. ويتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف الهياكل الإدارية التي تم إنشاؤها بادئ الأمر بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم: **(94-470)** المؤرخ في: **1994/12/25**، غير أن الهياكل التي أنشأت بموجبه يعيبها النمط الكلاسيكي الذي أصبغت به، وأسفر على نقائض كثيرة أدت إلى عرقلة المسيرة التنموية للأوقاف في الجزائر بسبب جمودها.

لذلك أعاد المشرع الجزائري النظر في التنظيم الهيكلي الكلاسيكي المتبع واستحدث هياكل جديدة أوكلت إليها مهام معينة، وذلك من خلال صدور المرسوم التنفيذي رقم: **2000-146** المؤرخ في: **28 يونيو 2000**، يتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف[1].

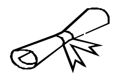
بحيث استحدث المشرع من خلاله مديرية للأوقاف، بعد أن كانت تسمى نظارة الأوقاف سابقا على المستوى الوطني.

ولقد أسندت لمديرية الأوقاف على المستوى المركزي المهام التالية:

- وضع البرامج المتعلقة بالبحث عن الأملاك الوقفية وتنميتها وتسييرها واستثمارها.
- هذا إلى جانب متابعتها الحج، والقيام بأمانة اللجنة الوطنية للحج.

وتضم مديرية الأوقاف على المستوى المركزي ثلاث **(03)** مديريات فرعية:

[1] مرسوم تنفيذي رقم 2000-146 المؤرخ في: 28 يونيو 2000، يتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف – الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية- العدد (38) – 02 يونيو 2000.




- المديرية الفرعية للبحث عن الأملاك الوقفية والمنازعات، ومهمتها البحث عن الأملاك الوقفية، وتسيير وثائق الأملاك العقارية والأملاك الوقفية الأخرى، وتسجيلها وإشهارها.

كما تقوم أيضا بمتابعة إجراءات تنفيذ قرارات العدالة.

- المديرية الفرعية لاستثمار الأملاك الوقفية، والتي تختص بإعداد الدراسات المتعلقة باستثمار الأملاك الوقفية وتنميتها.

ومتابعة نشاط المكلفين بالأملاك الوقفية في مستوى نظارات الشؤون الدينية بالولاية كما تهتم بإعداد عمليات التصليحات والترميمات المتعلقة بالأملاك الوقفية ومتابعتها.

كما تقوم بمتابعة العمليات المتعلقة بالصفقات وإجراء المناقصات في مجال الأملاك الوقفية.

هذا بالإضافة إلى قيامها بأمانة اللجنة الوطنية للأملاك الوقفية.

- أما المديرية الفرعية الثالثة، فهي تلك المكلفة بالحج والعمرة.

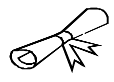
ولقد تم التركيز في هذه الدراسة، على مديرية الأوقاف، لكونها موضوع البحث، ولكن لا يعني هذا أنها المديرية الوحيدة التي تشكل الإدارة المركزية للأوقاف، بل تشترك معها في هذا الصرح المؤسساتي مجموعة من الهياكل الأخرى، نذكر منها:

- الأمين العام، ويساعده مديران (**02**) للدراسات، ويلحق به مكتب البريد والاتصال.
- رئيس الديوان، ويساعده خمسة (05) مكلفين بالدراسات والتلخيص لحصائل نشاط الوزارة، ومتابعة النشاط القانوني لها، بمعية أربعة (**04**) ملحقين بالديوان.

ولقد تحدد الإطار العام والميداني لهذه المفتشية، بعد صدور المرسوم التنفيذي رقم: **2000-371** المؤرخ في: **18** نوفمبر **2000** يتضمن إحداث بعد صدور المرسوم التنفيذي في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف وتنظيمها وسيرها[1].

---

[1] مرسوم تنفيذي رقم: 2000-371 المؤرخ في: 18 نوفمبر 2000، يتضمن إحداث المفتشية العامة في وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، وتنظيمها وسيرها – الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد (69) الصادرة بتاريخ 21 نوقمبر 2000.




- تقوم هذه المفتشية بالقيام بزيارات مراقبة وتفتيش للتأكد من السير الحسن للهياكل والمؤسسات والهيئات التابعة للوصاية.
- الاستثمار الرشيد والأمثل للوسائل والموارد الموضوعة تحت تصرف الهياكل التابعة لوزارة الشؤون الدينية والأوقاف.
- التحقق من تنفيذ القرارات والتوجيهات التي يصدرها إليها وزير الشؤون الدينية والأوقاف أو الهياكل المركزية.
- متابعة مشاريع استغلال الأملاك الوقفية، وتفقدها وإعداد تقارير دورية عن ذلك.
- ويمكن أن يطلب من المفتشية العامة زيادة على ذلك القيام بأي عمل تصوري أو أية مهمة ظرفية لمراقبة ملفات محددة أو وضعيات خاصة أو عرائض تدخل ضمن صلاحيات وزير الشؤون الدينية والأوقاف.

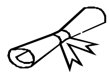
وبالرجوع إلى بقية الهياكل المشكلة للإدارة المركزية، فإننا نسجل إلى جانب مديرية الأوقاف والمفتشية العامة والأمين العام، ورئيس الديوان، ومساعديهم، نجد المديريات التالية:

- مديرية التوجيه الديني والتعليم القرآني.
- مديرية الثقافة الإسلامية.
- مديرية التكوين وتحسين المستوى
- مديرية إدارة الوسائل.

وتحتوي كل مديرية منها، على مديريات فرعية تسهل عملها.

وبهذا نكون قد وضحنا وأحصينا الهياكل التي تشكل تنظيم الإدارة المركزية في وزارة الأوقاف. ولقد كلل البناء المؤسساتي للإدارة المركزية الوقفية، بقرار وزاري مشترك مؤرخ في: **20** نوفمبر **2001**[1]، بحيث وتطبيقا لنص المادة السابعة **(07)** من المرسوم التنفيذي رقم: **2000-146** السالف ذكره، يهدف هذا القرار الوزاري المشترك الصادر في **20** نوفمبر **2001**، إلى تنظيم

[1] قرار وزاري مشترك بين وزير الشؤون الدينية والأوقاف (بو عبد الله غلام الله)، وعن وزير المالية: الوزير المنتدب لدى وزير المالية المكلف بالميزانية (محمد ترباش)، وعن رئيس الحكومة وبتفويض منه: المدير العام للوظيف العمومي (جمال خرشي)- نشر هذا القرار بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية –العدد (3) الصادرة بتاريخ: 02 ديسمبر 2001

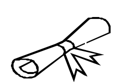
مكاتب الإدارة المركزية بوزارة الشؤون الدينية والأوقاف، بحيث استحدث مكاتب على مستوى المديريات الفرعية التابعة لمدير الأوقاف كالآتي:

1. المديرية الفرعية للبحث عن الأملاك الوقفية والمنازعات، وتتكون من المكاتب التالية:
   - مكتب البحث عن الأملاك الوقفية وتسجيلها.
   - مكتب الدراسات التقنية والتعاون.
   - مكتب المنازعات.
2. المديرية الفرعية لاستثمار الأملاك الوقفية، وتتكون من المكاتب التالية:
   - مكتب استثمار وتنمية الأملاك الوقفية.
   - مكتب تسيير موارد ونفقات الأملاك الوقفية.
   - مكتب صيانة الأملاك الوقفية.
3. المديرة الفرعية للحج والعمرة، وتتكون من مكتبين:
   - مكتب تنظيم ومتبعة عمليات الحج.
   - مكتب متابعة عملية العمرة.

غير أن انتهاج الأسلوب المركزي في إدارة وتسيير الأملاك الوقفية يطرح العديد من المشاكل أهمها مشكلة تسييس الإدارة العليا (المركزية) للوقف وتتجلى هذه المشكلة في غير مظهر، منها أن "وزير الأوقاف" في الجزائر يجمع بحكم منصبه بين صفته السياسية، إذ هو عضو في الحكومة (مجلس الوزراء)، وبين صفته الإدارية، إذ هو الناظر على جميع الأوقاف التي تديرها وزارته، بحكم القانون.

وهو ملزم بتطبيق سياسات حكومته في وزارته، وعادة ما يقوم بتوظيف نظام الوقف بكامل طاقته الرمزية والمادية في خدمة توجيهات السلطة، حتى لو أدى ذلك إلى الخروج في بعض الأحيان على القواعد الشرعية للوقف، وتغيير مصارفه بخلاف ما شرط الواقفون.

كما أن مشكلة التسييس هاته تنعكس سلبا على نظام الوقف في الجزائر، ذلك أنها تعرضه لحالة عدم الاستقرار وإلى التقلبات والتغيرات السياسية،

وما أكثرها في البلاد وما يزيد في معدل التغيير، تغيير الوزراء ذاتهم، بحيث أنه مع كل وزير جديد يعاد النظر في البرامج والمشروعات والخطط التي سبقته، فيجري تعليق بعضها، أو إلغاؤه، أو تعديله، مما يربك الإدارة لفترات طويلة، قبل أن تعود للانتظام ثانية، وسرعان ما يتغير الوزير فتعود حالة الارتباك من جديد وهكذا.

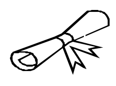
الفرع الثاني: رقابة الإدارة المحلية للوقف: (المصالح اللامركزية).

إن التنظيم اللامركزي يعد الوجه الثاني الذي تبرز من خلاله فكرة المشرع حول تنظيم الأوقاف في الجزائر، وتظهر صورة اللامركزية في هذا الشأن في شكل نظارة الشؤون الدينية والأوقاف على مستوى كل ولاية، والتي أوكلت لها مهاما كثيرة منوطة بتسيير وإدارة وجرد كل الأملاك الوقفية الواقعة في إطار اختصاصها الإقليمي، وذلك بتنصيب وكيل للأوقاف في كل مقاطعة إدارية والذي مهمته الأساسية تتمثل في مراقبة مواقع الملك الوقفي ومتابعة كل أعمال نظارة الأملاك الوقفية.

ولقد أنشئت سابقا نظارة الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية، بموجب المرسوم التنفيذي رقم: (**81-83**) المؤرخ في: **23** مارس **1991**، والذي نص على إنشاءها وتحديد تنظيمها وعملها، ولقد احتوى هذا المرسوم على فصلين، تضمن الفصل الأول الصلاحيات والمهام، أسندت من خلاله ثمانية مهام أساسية للنظارة على المستوى الولائي، أما الفصل الثاني فيتضمن التنظيم والتسيير.

ولكن نعت هذا المرسوم بالقصور، والنقص في سد المتطلبات الأساسية لسير المصالح اللامركزية عبر الولايات، مما أدى إلى إلغاءه كلية، بموجب المادة السادسة (**06**) من المرسوم التنفيذي رقم: (**2000-200**)، المؤرخ في : **26** يوليو **2000** والذي يحدد قواعد تنظيم مصالح الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية وعملها[1]، تضمن هذا المرسوم سبع مواد تنظم مصالح الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية، وأهم ما يميز هذا المرسوم عن المرسوم السابق الملغى، هو أنه غير في تسمية المصالح الولائية، من نظارة إلى "مديرية" بحيث جاء في المادة (**02**) منه: (تجمع مصالح الشؤون الدينية والأوقاف في

[1] نشر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية –العدد 47- الصادرة بتاريخ: 02غشت 2000




الولاية، في مديرية للشؤون الدينية والأوقاف تتضمن مصالح مهيكلة في مكاتب).

وتتكون مديرية الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية، من ثلاث **(03)** مصالح وهي:

- مصلحة المستخدمين والوسائل والمحاسبة.
- مصلحة الارشاد والشعائر الدينية والأوقاف
- مصلحة التعليم القرآني والتكوين والثقافة الإسلامية.

وتشتمل كل المصالح المذكورة على مكاتب تتوزع بينها المهام بغية التسيير المحكم لهذه المديريات وتسهيل الرقابة على الملك الوقفي عبر مصلحة الأوقاف ويرأس تلك المصالح والمكاتب المتفرعة عنها، رئيسا لكل مصلحة، ورئيسا لكل مكتب، حسب قائمة المناصب العليا المرتبطة بتنظيم المصالح اللامركزية التابعة لوزارة الشؤون الدينية والأوقاف، هذه القائمة التي تم وضعها وضبطها بموجب المرسوم التنفيذي رقم: **97-34**، المؤرخ في: **14** يناير **1997**، الذي يحدد قائمة المناصب العليا في المصالح اللامركزية التابعة لوزارة الشؤون الدينية وشروط الالتحاق بها وتصنيفها[1].

ويتخذ وزير الأوقاف قرارات التعيين في المناصب المنصوص عليها في هذا المرسوم بناء على اقتراح نظارة الشؤون الدينية في الولايات.

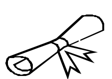
هذا وقد حمل المرسوم التنفيذي رقم: **2000-200** السالف الذكر عدة تعديلات أهمها السعي لتطوير مديريات الشؤون الدينية والأوقاف في الولايات، وتنفيذ كل تدبير من شانه ترقية نشاطات الشؤون الدينية والأوقاف ودفعها.

كما تضاعفت صلاحيات مديرية الأوقاف، بحيث بلغت أكثر من ضعفه المهام في المرسوم الذي سبقه (الملغى)، بحيث خصصت خمس مهام أساسية على عاتق المديرية فيما يتعلق بالأملاك الوقفية، نجملها في الآتي:

- مراقبة التسيير والسهر على حماية الأملاك الوقفية، واستثمارها.
- تنسيق أعمال المؤسسات العاملة تحت وصاية قطاع الأوقاف.

---

[1] نشر بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية- العدد (04) الصادر بتاريخ: 15 يناير 1997.




- مراقبة المشاريع المقترحة لبناء المدارس القرآنية ومشاريع الأملاك الوقفية وإبداء الرأي بشأنها.
- إعطاء الموافقة الصريحة المتعلقة بالمشاريع المقترحة.
- إبرام عقود إيجار الأملاك الوقفية واستثمارها في الحدود التي يمنحها التشريع والتنظيم المعمول بهما.

كما تتمثل هذه الرقابة في السهر على تسيير الأملاك الوقفية، وحمايتها والبحث عنها وجردها وتوثيقها إداريا طبقا للتنظيم المعمول به.

ويراقب وكيل الأوقاف على صعيد مقاطعته تحت إشراف ناظر الشؤون الدينية موقع الملك الوقفي، ويتابع أعمال نظارة الأملاك الوقفية، ويراقبها، وذلك تطبيقا لأحكام المادتين **(10)** و **(11)** من المرسوم التنفيذي رقم: **98-381** المؤرخ في: **1998/12/01** الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك.

غير أنه وعلى الرغم من إدماج قطاع الأوقاف في الجهاز الإداري للدولة، إلا أنه لا يزال أكثر القطاعات الحكومية تخلفا، وحرمانا من برامج التحديث، والإصلاح الإداري.

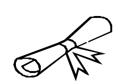
ذلك أنه ومقارنة بالدولة التي نجحت مؤخرا في تحديث إدارة أوقافها وإدخال تقنية المعلومات المتطورة إليها، مثل الكويت وبعض الدول الخليجية الأخرى[1]، فإن الجزائر لا زالت تسعى لتدارك الأمر[2]، إلا أن جهودها لا تزال دون المستوى المطلوب، بحيث نجد إدارة الأوقاف لدينا تواجه مشكلات عويصة، ومنها مثلا عدم وجود حصر شامل للأملاك الوقفية ووثائقها وطول المدة التي يتطلبها إنهاء معاملة واحدة من المعاملات المتعلقة بمصالح هذه الأملاك وشؤونها المختلفة.

<u>المطلب الثالث</u>: <u>إيجار الأملاك الوقفية.</u>

---

[1] في سنة 1988 اتفقت مديرية الأوقاف بوزارة الشؤون الدينية مع شركة خاصة لإعداد وتنفيذ مشروع حصر الأملاك الوقفية وقدرت كلفة المشروع بـ: 120,956,530,00 دينار جزائري، أنظر مشروع حصر الأملاك الوقفية، إعداد مكتب المنازعات لسنة 1988- ص (10) غير منشور.

[2] يرى الباحثون أن صغر مساحات البلدان الخليجية – عدا السعودية- وقلة عدد الأوقاف في كل منها، جعل هذه البلدان لا تواجه مشكلة كبيرة في حصر الأوقاف وتسجيلها، ويضاف إلى ذلك أن الجكومات الخليجية قد أولت مؤخرا عناية ملحوظة للنهوض باوقافها، ولو لا ذلك لظلت هذه المشكلة قائمة، ولقد طورت الأمانة العامة للأوقاف بالكويت نظاما شاملا لتقنية المعلومات والاتصالات، ولمزيد من التفاصيل، أنظر: إيمان الحميدان: تقنية المعلومات في قطاع الأوقاف- نموذج الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت، ورقة قدمت إلى ندوة "نظام الوقف والمجتمع المدني في الوطن العربي"، بيروت، 08 إلى 11 أكتوبر 2001.

إن إدارة المال لها مفهوم واسع، إذ تشمل الإدارة كل من الإيجار والأعمال المتعلقة بالصيانة والرعاية والحفظ، ويعتبر الإيجار أهم هذه الأعمال وأكثرها تداولا واستعمالا لأن فقهاء القانون يقولون بان: "أحسن أسلوب لإدارة المال هو الإيجار".

والإيجار في الاصطلاح الفقهي مفاده أنه: (عقد على منفعة مقصودة مباحة، معلومة بعوض معلوم).

أما في الاصطلاح القانوني، فقد ورد في المادة (467) من القانون المدني الجزائري أن الإيجار ينعقد بمقتضى عقد بين المؤجر والمستأجر.

فالإيجار عقد يلتزم بموجبه المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بشيء معين لمدة معينة لقاء أجر معلوم.

وبالرجوع إلى القانون المتعلق بالأوقاف الصادر سنة **1991** نجد بأن المشرع أورد مسألة تأجير الملك الوقفي، من خلال المادة (42) منه، بحيث نصت على انه: (تؤجر الأملاك الوقفية وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية).

غير أن هذه المادة اتصفت بالشمولية، ليتم معالجة هذا الموضوع من خلال إصدار المرسوم التنفيذي رقم: **98-381** من جوانب عدة، مما يفيد وأن بدل الإيجار الوقفي يعتبر أحد أهم الموارد الوقفية.

لذلك سوف نتطرق في هذا المطلب إلى إيجار الأملاك الوقفية، بشيء من التفصيل من خلال استعراض طرق الإيجار الوقفي، ثم إلقاء الضوء على آثار هذا الإيجار عبر العناوين الفرعية التالية:

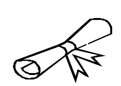
الفرع الأول: طرق إيجار الأملاك الوقفية.

عند استقراء المواد المتعلقة بإيجار الوقف، الواردة في المواد من 22 إلى **30** من المرسوم التنفيذي رقم: **98-381** السالف ذكره، يتبين جليا، موقف المشرع من كيفية إيجار هذه الأملاك بالذات، والتي تنحصر في أسلوبين هما:

الإيجار عن طريق المزاد، والإيجار عن بالتراضي.

القسم 01: إيجار الأملاك الوقفية عن طريق المزاد.

لقد جعل المشرع إيجار هذه الأملاك يتم عن طريق المزاد، كقاعدة عامة طبقا لنص المادة (22)من المرسوم التنفيذي رقم: **98-381** المذكور أعلاه، بتأكيدها على أنه يؤجر الملك الوقفي سواء كان بناء أو أرض بياض




أو أرضا زراعية أو مشجرة عن طريق المزاد، ويحدد السعر الأدنى بإيجار المثل، وعن طريق الخبرة بعد المعاينة واستطلاع رأي المصالح المختصة في إدارة أملاك الدولة أو الجهات الأخرى المختصة.

ويجري المزاد تحت إشراف ناظر الشؤون الدينية، وبمشاركة مجلس الخيرات على أساس دفتر شروط نموذجي يحدده الوزير المكلف بالشؤون طبقا لأحكام المادة (23) من المرسوم السالف الذكر، ويعلن المزاد في الصحافة الوطنية أو طرق الإعلان الأخرى قبل (20) يوما من تاريخ إجرائه.

وتتم مراجعة طبيعة الأملاك الوقفية المؤجرة وحالتها عند تحديد السعر بسعر المثل، مما يجعل سعر الإيجار معرض لأن يقل عن سعر المثل خاصة إذا كان مثقلا بدين أو لم تسجل رغبة فيه عند إجراء المزاد، إلا بقيمة أقل من إيجار المثل، ولكن المشرع حصر هذه الأجرة بشرط واحد، هو أن لا تقل عن أربعة أخماس (5/4) إيجار المثل، مع وجوب الرجوع إلى إيجار المثل متى توفرت الفرصة لذلك ويحدد عندها عقد الإيجار.

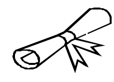
ويحتوي دفتر الشروط على بيانات العقار الوقفي المؤجر، ومدة الإيجار والشروط العامة والخاصة التي تفرض على المستأجر.

القسم 02: إيجار الأملاك الوقفية عن طريق التراضي.

تعتبر طريقة التأجير استثناء من القاعدة العامة، والمذكورة أعلاه، ولقد أقر المشرع الجزائري هذه الطريقة، من خلال المادة (25) من المرسوم التنفيذي رقم: **98-381** السالف ذكره، بحيث أكد من خلالها على إمكانية تأجير الملك الوقفي بالتراضي لفائدة نشر العلم وتشجيع البحث فيه، وسبل الخيرات ويكون هذا التراضي بعد ترخيص من الوزير المكلف بالشؤون الدينية وبعد استطلاع رأي لجنة الأوقاف المذكورة في المادة (09) من هذا المرسوم.

وينبغي أن يحدد في عقد الإيجار المدة، وإلا كان لاغيا، ذلك أنه وطبقا لأحكام المادة (27) من المرسوم السالف ذكره، لا يصح تأجير الملك الوقفي لمدة غير محددة، حتى ولو تم بطريق التراضي، كما أن تحديد المدة في عقد الإيجار يختلف بحسب طبيعة الملك الوقفي ونوعه[1].

[1] د. محمد سليمان الأشقر، مجموع في المناقلة والاستبدال بالأوقاف، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، طبعة 2، لسنة 2001، ص 16.

ويجدد عقد الإيجار خلال الأشهر الثلاثة (03) الأخيرة من مدته، وإن لم يتم ذلك تطبق أحكام الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم: 10/05 المؤرخ في: 20 يونيو 2005 المتضمن القانون المدني، وذلك منعا للمحاباة في تأجير هذه الأملاك. أما إذا كان الإيجار منصبا على محل تجاري، فقد أحال المشرع المتعاقدان على القانون التجاري في ذلك، حيث جاء في مضمون المادة (04) من القانون رقم: 01-07 المؤرخ في: 22 مايو 2001، الذي يعدل ويتمم القانون رقم: 91-10 المؤرخ في: 27 أفريل 1991 والمتعلق بالأوقاف بأنه تخضع عقود إيجار المحلات الوقفية المعدة للسكن والمحلات التجارية لأحكام القانون المدني والقانون التجاري.

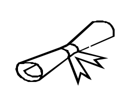
الفرع الثاني: آثار إيجار الأملاك الوقفية.

أهم الآثار المترتبة عن الإيجار هي جعل المستأجر مدينا بموجب العقد للملك الوقفي وفقا لأحكام المادة (05) من القانون رقم 91-10 المؤرخ في: 27 أفريل 1991، ويتمثل هذا الدين في بدل الإيجار من جهة وفي ضرورة المحافظة على العين المؤجرة من جهة أخرى.

حيث أن المستأجر مدين بأن يدفع الإيجار مع بداية كل شهر، وكل تأخير يتجاوز الشهر يعرض صاحبه لغرامة مالية تقدر بـ10% من قيمة الإيجار، هذا من جهة، كما أن المستأجر يكون مدينا أيضا، بأن يرد العين عند نهاية العقد على الحالة التي كانت عليها وقت الإيجار، وفي أن يستخدمها أثناء المدة المتعاقد عليها فيما أعدت له.

كما يكون الإيجار قابلا للزيادة تماشيا وأسعار السوق، ويتم بناء على قرار وزارة الشؤون الدينية، وتوجه في ذلك رسالة مضمونة للمستأجر ويمكن أن يحدد ذلك مع بداية كل سنة، تطبيقا للمادة (27) من المرسوم التنفيذي رقم: 98-381 السالف ذكره.

ومن آثار الإيجار أيضا أنها تخول المستأجر الانتفاع بالعين الموقوفة، لذلك فإن إيجار الملك الوقفي يتصف بأنه للانتفاع، ولا يمكن أن يغدو للامتلاك فلا يملك المستأجر لا بيعه ولا التنازل عنه، ولا رهنه، ولا إيجاره من الباطن، ولا التصرف فيه بأي شكل من الأشكال، ولا التغيير في طبيعته كليا أو جزئيا ولو بصفة مؤقتة مع مراعاة أحكام المادة (24) من قانون الأوقاف لسنة 1991.




يمنع على المستأجر إحداث أي تغيير في طبيعة المحل بزيادة أو نقصان إلا بعد الموافقة الخطية لوزارة الشؤون الدينية بموجب وصل مسجل.

يلتزم المستأجر بإجراء الإصلاحات الصغيرة الناتجة عن استغلاله المحل وبكل أعمال الترميم المترتبة عن أي خلل كان المستأجر سببا فيه.

يلتزم المستأجر باحترام القوانين والآداب العامة في مجالات النظافة والأمن وحسن الجيرة، وفي حالة مخالفتهما، يفسخ العقد بقوة القانون دون أي تعويض وتقع عليه المسؤولية المدنية لعمل المحل عما يحدث من حوادث، وما يسبب من أخطار.

يقع على المستأجر تسديد تكاليف إيصال الماء والكهرباء والغاز، ويقع عليه تسديد فواتير الاستهلاك فيها، وكذا إصلاح الآلات والمعدات الموجودة بالمحل التجاري.

لا يمكن للمستأجر أن يسترد مبلغ التسبيق إذا قرر إلغاء عقد الإيجار قبل انتهاء مدته.

يحق للمستأجر أن يطلب إلغاء عقد الإيجار ويشعر الوزارة بطلبه برسالة تبلغ عن طريق محضر قضائي، ويقع عليه تسديد إيجار فترة انتظار الرد على أن لا تتعدى هذه الفترة (شهرين)، ويستلزم عنه عند الخروج إرجاع مفاتيح المحل للوزارة أو للجهة التي تمثلها.

يحق للوزارة المكلفة بالأوقاف، إلغاء عقد الإيجار في الحالات التالية:

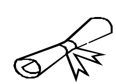
- تأخر المستأجر في دفع الإيجار لمدة (شهرين متتاليين).
- تسجيل المستأجر تذبذبا في تسديد أجرة الكراء وعدم احترام مواعيدها.
- عدم احترام شروط الأمن والنظافة والآداب العامة.
- ملاحظة إهمال الملك وعدم استغلاله أو عدم الحفاظ عليه.
- إذا ما دعت المصلحة العامة.

يفسخ عقد الإيجار قانونا في حالة وفاة المستأجر، ويعاد تحريره وجوبا لصالح الورثة الشرعيين للمستأجر بالمدة المتبقية من العقد الأولي مع مراعاة مضمونه، وذلك تطبيقا لنص المادة **(29)** من المرسوم التنفيذي رقم: **98-381** المذكور أعلاه.

وإذا ما تم تأجير العين مرتين يكون العقد الثاني لاغيا، ويصبح عقد الإيجار ملزما للطرفين فور إمضائه.

يلتزم الطرفان باحترام هذا العقد وكل تصرف مناف لمواده يعتبر لاغ.

كل خلاف قد يحدث بين الطرفين حول أحكام عقد الإيجار يسعى إلى حله بالتراضي في المرحلة الأولى وفي حالة عدم التوصل لذلك يحال على القضاء.




المبحث الثاني: استغلال واستثمار وتنمية الأملاك الوقفية.

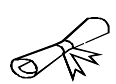
إنه وباعتبار الأموال الوقفية ذات طبيعة خاصة تصبغها البصمة الشرعية، عكس الأموال العادية، فإن المشرع الجزائري ظل يسعى جاهدا إلى تحقيق أهدافها التنموية اقتصاديا واجتماعيا من خلال الاستثمار في قطاعات النشاط الاقتصادي المختلفة، سواء كانت زراعية أو صناعية أو تجارية أو خدمية في دائرة ما أحل الله تعالى، ووفقا لصيغ الاستثمار التي يحكمها قوله تعالى:"... وأحل الله البيع وحرم الربا..." (البقرة آية **75**) خاصة وأن الجزائر حاليا تعيش سياسة الانفتاح الاقتصادي التي تعرفها السوق الجزائرية على جميع الأصعدة، وفي هذا الإطار أصدر المشرع الجزائري القانون رقم: **01-07** المؤرخ في: **22** ماي **2001**، المعدل والمتمم للقانون رقم: **10/91** المؤرخ في: **27** أفريل **1991** المتعلق بالأوقاف، حيث فتح مجال الاستثمار والتنمية في مجال الأملاك الوقفية، حيث أنه وتطبيقا للمادة (**26**) مكرر من القانون المذكور أعلاه، أصبح بإمكان الجهات القائمة على رعاية الأملاك الوقفية، أن تستغل وتستثمر وتنمي هذه الأملاك بتمويل ذاتي أو بتمويل وطني، أو خارجي مع مراعاة القوانين والتنظيمات المعمول بها وفي حدود الشريعة كما أسلفنا.

فالتمويل الذاتي هو الذي يكون فيه رأس المال في الاستثمار من الوقف، والعامل في الاستثمار قد يكون من جهة الوقف نفسها[1].

أما التمويل الوطني، وهو التمويل المخصص من طرف الخزينة العمومية، في إطار تجسيد سياسة التنمية المنشودة عبر السياسة العليا للبلاد في هذا الشأن، لأن تنمية هذه الأملاك بالذات، يعني توسيع مداخيل الخزينة العامة بفضلها.

كما قد فتح المشرع المجال واسعا في التدخل الخارجي لمصلحة الأوقاف من خلال التمويل الخارجي، وهو الاستثمار بتمويل الغير، بأن يكون رأس المال كله او بعضا منه من طرف خارجي، في إطار توسيع وتجسيد اتفاقات دولية أبرمتها الجزائر مع دول أجنبية في هذا المجال، ونذكر أهم هذه الاتفاقيات اتفاق المساعدة الفنية المتمثلة في (قرض ومنحة) الموقعة بين

[1] وهذا هو المفهوم الأصح للتمويل الذاتي أي كونه ينبع من ذات المؤسسة الوقفية، على عكس ما ذهب إليه الأستاذ: رامول خالد، في الإطار القانوني والتنظيمي فيما يخص الأملاك الوقفية في الجزائر، بحيث فسر قول المشرع بالتمويل الذاتي: على انها تمويل من طرف الأشخاص الطبيعية، أنظر: رامول خالد، مرجع سبق ذكره، ص (131).



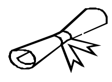

الجمهورية الجزائرية والبنك الإسلامي للتنمية، بتاريخ: **08** نوفمبر **2000** ببيروت (لبنان)، والذي أبدى رئيس الجزائرية موافقته على هذا الاتفاق من خلال المرسوم الرئاسي رقم: **01-107** المؤرخ في: **26** أفريل **2001**[1].

ولقد قدم المشرع الجزائري في سبيل استثمار الأملاك الوقفية، عدة صيغ في مجالات النشاط الاقتصادي المختلفة، ومن أهم هذه الصيغ، ما تعارف عليه المستثمرون في هذا المجال من عقود متنوعة في حدود ما أقره الفقه الإسلامي في مجال الاستثمار، ولقد خصصنا في هذا المبحث، ثلاث مطالب نتناول من خلالها كيفية استغلال واستثمار الأملاك الوقفية بمختلف أنواعها، سواء كانت أملاك عقارية ذات طابع فلاحي أو عقارات بور، من خلال المطلب الأول، كما نتناول الأملاك الوقفية المبنية أو القابلة للبناء، وتلك التي تكون معرضة للاندثار، من خلال المطلب الثاني، لنخلص في المطلب الثالث والأخير إلى أهم العقود التي تنمي من خلالها الأملاك الوقفية العامة، باعتبارها تتمتع بأسلوب خاص وعقود متميزة في هذا المجال، وكل يكون على النحو التالي:

<u>المطلب الأول: استغلال واستثمار الوقف الفلاحي.</u>

إنه ونظرا للعدد الهائل من الأراضي الفلاحية الممتدة في ربوع البلاد ولكونها تتمتع بوظيفة هامة، على المستوى الاقتصادي والاجتماعي الأمر الذي يحتم على المنتفعين بها أن يستغلوها كما يجب، كما أن المشرع الجزائري اعتبر أن إهمال هذه الأراضي وعدم استغلالها يعتبر تعسفا في استعمال الحق نظرا إلى الأهمية الاقتصادية والوظيفة الاجتماعية المنوطة بهذه الأراضي وفي هذا الإطار يشكل الاستثمار الفعلي والمباشر أو غير المباشر ، واجبا على من يكسب حقوق عينية عقارية أو حائزها، والمنتفعون بالأراضي الفلاحية الوقفية يشملهم هذا الوصف تطبيقا لأحكام المادتين **(48)**، **(49)** من قانون التوجيه العقاري رقم: **90-25** المؤرخ في: **18** نوفمبر **1990** المتضمن أحكام عامة في هذا الشان تسري على كل أصناف الملكية العقارية المعترف بها، وتطبيقا كذلك لنص المواد: **(04)**، **(26)** مكرر**01** من القانون رقم: **01-07** المؤرخ في: **22** ماي **2001** السالف ذكره، بحيث حدد المشرع من خلاله طرق استغلال واستثمار الملك الوقفي الفلاحي، وهي إحدى العقود

[1] ولقد أوصت الندوة التي عقدها المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية بإنشاء مؤسسات وصناديق متخصصة




التالية ذكرها عبر التعديل في قانون الأوقاف لسنة **2001**، وهو الأمر الذي دفع المشرع إلى معالجة مشكل الأراضي الوقفية التي لم تعد صالحة للفلاحة (وهي الأراضي البور) وهي الوجه العكسي والمقابل للنوع الأول، كل ذلك سنفصل فيه من خلال العناوين الفرعية المتفرعة عن هذا المطلب على النحو التالي:

الفرع الأول: استغلال واستثمار الأراضي الوقفية القابلة للزراعة.

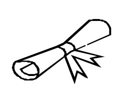
لقد حدد المشرع نوعين من العقود، في سبيل استغلال واستثمار الأملاك الوقفية ذات الطابع الفلاحي، من خلال القانون رقم: **01-07** المؤرخ في: **22** مايو لسنة **2001** المعدل والمتمم للقانون رقم: **91-10** المتعلق بالأوقاف، بحيث نص على نوعين من العقود وهما: المزارعة والمساقاة، وذلك حسب ما جاء في المادة (**26** مكرر **1**) منه، ولتوضيح هذين العقدين أكثر، فسوف نفصل كل نوع على حدى:

القسم 01: عقد المزارعة.

إن كلمة المزارعة تفيد المفاعلة من الزرع، وهي عمل المزارع في أرض الغير ببعض ما يخرج منها، فهو عقد على المال ببعض نمائه، وهو كالمضاربة لأن المضارب يعمل في المال بجزء من نمائه.

وبما أن عقد المزارعة يحتوي طرفين، احدهما يقد الأرض والآخر وهو العامل يتعهدها مقابل جزء معلوم ومشاع من الغلة، فإن هذين الطرفين يشترط فيهما الأهلية ورضاهما، وأن لا يتضمن العقد شرطا فيه جهالة، أو يؤدي إلى غرر.

ذلك أن أنواع الاستثمار في الأرض وما فيها عديدة ومتفرعة، غير أن أبرز أنواع استثمار قشرة الأرض هو المزارعة، فهناك أراضي شاسعة أوقفها أصحابها على وجوه البر، لا لتبقى جامدة قاحلة بل لتستغل وتزرع، وتسخر خيراتها للناس، لذلك نجد في أغلب الأحوال نظارة أو مديرية الأوقاف لا تستطيع زراعة كل تلك الأراضي الموقوفة، وفي المقابل نجد هناك من المزارعين من لديه القدرة على استثمارها، ولكن لا سلطان له عليها إلا إذا مكنته إدارة الأوقاف من ذلك، لقاء نسبة معينة من ناتجها أو لقاء مبلغ محدد من المال، وإن كان قد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية، حول مدى مشروعيتها من عدمه، فمنهم من أجزاها كالشافعية وبعض الأحناف،




ومنهم من أجازها وأكد على مشروعيتها كمالك وأحمد، وبعض فقهاء الحنفية كأبي يوسف.

مما جعل الأغلبية تؤكد مشروعية المزارعة لأنها بعيدة عن الظلم في المعاملة، لان المزارعة عن حصل الزرع اشتركا فيه، وإن لم يحصل شيء اشتركا في الحرمان، فلا يختص أحدهما بحصول مقصوده دون الآخر وهذا أقرب إلى العدل.

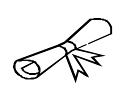
ولقد عملت القوانين الوضعية بهذا النمط منا لعقود، والذي يرصد بموجبه المالك أرضا زراعية إلى شخص آخر يزرعها أو يستثمرها مقابل جزء معين من المحصول، وهو موقف المشرع الجزائري من هذا العقد، بحيث أكد على الأخذ به من خلال القانون رقم: **01-07** السالف ذكره، بحيث جاء في المادة (**26** مكرر **1**) أن: "عقد المزارعة يقصد به إعطاء الأرض للمزارع للاستغلال مقابل حصة من المحصول يتفق عليها عند إبرام العقد"، ويتقارب عقد المزارعة مع عقد الإيجار، في تمكين شخص من أرض غيره، والانتفاع بها بشيء معلوم من محصولها الذي يشابه الأجرة في عقد الإيجار.

كما يتقارب عقد المزارعة مع الشركة بل وذهب البعض إلى التأكيد على انها باب من ابواب المشاركة، وليست من باب المعاوضات، وأنها أولى بالقبول من الإيجار، لأن المستأجر يضمن لنفسه بدلا معينا من النقد، وقد لا تغل الأرض للعامل شيئا، خلافا للمشاركة التي يتساوى فيها الطرفان من التحقق أو الحرمان، من الحصة التي اشترطاها لكل منهما، وهي حال المزارعة.

وينتهي عقد المزارعة عموما بانتهاء المدة المتفق عليها، أو باتفاق الطرفين، أو بفسخه لإحدى الأسباب التي تؤدي إلى الفسخ، طبقا للقواعد العامة، كما لو غير المنتفع من عقد المزارعة من طبيعة الأرض، او تصرف فيها بإحدى التصرفات التي تمس بأصل ملكية الرقبة فيها، أو بتسليمها إلى مزارع آخر يزرعها بدلا من الطرف المتفق معه، أو بإثبات إهماله لها.

<u>القسم 02</u>: <u>عقد المساقاة.</u>

والمساقاة اتفاق بين طرفين، أحدهما صاحب المال، أي الذي يمتلك الشجر أو النخل، والطرف الآخر وهو العامل الذي يقوم بسقيها ورعايتها و يأخذ أجرا معلوما من الغلة.

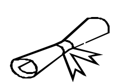
فهي نوع من أنواع استغلال البساتين الموقوفة، التي ضعف نتاجها لسبب إهمال نخيلها أو أشجارها أو كرومها، وبالتالي يتم تسليمها إلى مساق يقوم بسقيها والعناية بأشجارها، مقابل حصة شائعة من ثمراتها يستوفيها في وقت جنيها.

ولقد واجه عقد المساقاة موجة التضارب في الآراء، حول مدى جوزاه من عدمه، غير انه وخروجا من كل لبس حول هذا الموضوع، فإنه ينبغي الأخذ بما استقر عليه الجمهور من الفقهاء والذين كان موقفهم الإباحة والجواز، ومنه ما قال به الإمام ابن حزم من جواز الأخذ والعمل بعقد المساقاة، وغيره من الأئمة[1]. حيث استعرضوا أدلة الجواز والصحة، حيث أجمعوا على أن آخر فعل الر سول – صلى الله عليه وسلم- إلى أن مات، كان إعطاء الأرض بنصف ما يخرج منها من الزرع ومن الثمر ومن الشجر، لمن يتعهدها ويقوم على رعايتها وسقيها، وعلى هذا أمضى أبو بكر وعمر وجميع الصحابة رضي الله عنهم، فكان ذلك ناسخا للنهي الذي يقول به البعض الآخر من الفقهاء.

أما المشرع الجزائري فقد أخذ بهذا النوع من العقود بعد أن كان منكرا له في فترة سابقة إلى غاية صدور قانون: **01-07** المؤرخ في: **22** مايو لسنة **2001**، المعدل والمتمم للقانون رقم: **91-10** المؤرخ في: **27**أفريل**1991** المتعلق بالأوقاف، حيث نص على المساقاة من خلال المادة (**26** مكرر **1**) بانها: "عقد المساقاة: ويقصد به إعطاء الشجر للاستغلال لمن يصلحه مقابل جزء من ثمره." والمساقاة بهذا المعنى أقرب لأحكام الشريعة الإسلامية في جعل نصيب العامل أو المتعهد بالسقي، جزء معين من الثمر المتعهد، وهو مطابق لأحاديث كثيرة من السنة المطهرة في جعلها مشاركة بين صاحب الأرض أو الشجر وبين الساقي أو المتعهد، بالشطر أو بالثلث أو بالربع، وهو مفاد ما ذهب إليه المشرع في قوله: "مقابل جزء معين من ثمره" عكس ما ذهبت إليه القوانين المقارنة، كالقانون اللبناني مثلا الذي جعل استغلال العامل لتلك الأشجار لا يكون إلا بناء على دفع البدل السنوي وهو ما جاء به القرار (**12**) المؤرخ في: **16** كانون الثاني **1934** مما جعلها تكون إيجارا أكثر منه مساقاة.

ويشترط في المساقاة حتى تكون صحيحة أن يكون:

[1] ومنه أقوال الامام ابن تيميتة في: مجموع فتاوى ابن تيمية – الجزء 20، ص 508، بحيث يستعرض الإمام وجهات النظر المختلفة في المزارعة والمساقاة، ويرد على من قال ببطلانها، ويفند أقوالهم، وهو يرى انها نوع من المشاركات، وأنها أبعد عنا لظلم من غيرها من العقود الأخرى.

- أن يكون نصيب العامل وصاحب الشجر معلوما.
- وأن يبذل العامل عناية الرجل العادي في الأرض التي يتعهدها بالسقي.
- وأن يكون الشجر المتعاقد حوله موجودا وقت العقد، إذ لا يجوز التعاقد على مجهول او محتمل الوجود مستقبلا، لأن الجهالة تفضي إلى النزاع[1].
- على العامل أن يقوم بكل ما يلزم لإصلاح النخل أو الشجر، مما جرى العرف أن يقوم به العامل في المساقاة.
- إن كان على الأرض المعطاة مساقاة ضريبة، فهي على المالك دون العامل اما الزكاة فتدفع نصابا بين العامل وصاحب الأرض، والعلة في ذلك هي ان الضريبة متعلقة بالأرض ذاتها سواء زرعت أو لم تزرع، في حين أن الزكاة متعلقة بالثمر نفسه.
- إن عجز العامل عن العمل فله ان ينيب غيره، وله الثمرة المستحقة بالعقد.
- وإن مات العامل فلورثته ان ينيبوا غيره من طرفهم، وإن اتفق الطرفان على الفسخ فسخت المساقاة.

<u>الفرع الثاني</u>: <u>استغلال واستثمار الأراضي الوقفية البور.</u>

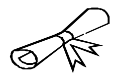
وهو النوع من العقارات الموقوفة، التي لا تصلح للغراس فهي معطلة ويحتاج إعمارها أموالا كثيرة، لذلك وجد أسلوب لاستغلال واستثمار هذا النوع من الأراضي وتحقيق النفع من ورائه، فكان هذا الأسلوب هو التحكير أو كما يعرفه المشرع بالحكر، لذلك فسوف نتطرق من خلال هذا الفرع إلى مفهوم الحكر، وإلى شروط انعقاده.

<u>القسم 01</u>: <u>مفهوم عقد الحكر.</u>

التحكير هو أن تعطى الأرض الموقوفة المتعطلة لمن يعمرها أو يغرسها فتكون بيده مؤبدة ما دام فيها بناؤه أو غراسه، ويجعل عليها مبلغا

---

[1] أبو بكر جابر الجزائري: منهاج المسلم، كتاب عقائد وآداب وأخلاق وعبادات ومعاملات، مطبعة الفن القرافيكي- باتنة – الجزائر، طبعة 04، سنة 1981، ص 386 وما بعدها.




معلوما للجهة الموقوفة عليها، يؤديه مستعمر الأرض كل عام، يسمى حكرا، ويكون للمنتفع بعقد الحكر التصرف في المباني والأشجار[1].

ولقد عالجت الشريعة الإسلامية هذا النوع من العقود بكثير من الأحكام والدراسات، كما تبنى المشرع الجزائري هو الآخر هذا النوع من العقود، وسن حوله مجموعة من الأحكام لخصتها لنا المادة (**26** مكرر **2**) من القانون رقم: **01-07** السالف ذكره، بحيث نصت هذه المادة على انه: "يمكن أن تستثمر -عند الاقتضاء- الأرض الموقوفة العاطلة بعقد الحكر الذي يخصص بموجبه جزء من الأرض العاطلة، للبناء و/او للغراس لمدة معينة مقابل دفع مبلغ يقارب قيمة الأرض الموقوفة وقت إبرام العقد، ومع التزام المستثمر بدفع إيجار سنوي يحدد في العقد مقابل حقه في الانتفاع بالبناء أو الغرس وتوريثه خلال مدة العقد، مع مراعاة أحكام المادة (**25**) من القانون رقم: **91-10** المؤرخ في: **27** أفريل **1991** والمذكور أعلاه[2].

مما يجعل الحكر يخول صاحبه حقا عينيا على الأرض المحكرة، وهو حق الانتفاع والذي لا يسقط بوفاة المنتفع منه، بل يورث لورثته الشرعيين طيلة مدة عقد الحكر، إذ يكون للمستثمر التصرف في المباني والأشجار لأنها ملكه، سواء بالبيع أو بالإيجار، فإن باعها ينتقل الحكر معها ويكون على المشتري تسديد الإيجار السنوي لجهة الوقف، مع العلم أن تصرف المحتكر يكون على المباني والأشجار دون الأرض المحكرة، لأنها وقف ولا يجوز التصرف فيها شرعا وقانونا.

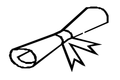
إنه وبعد اعتراف المشرع بالحكر، أصبح يفرض هذا الاعتراف خضوع الحكر كباقي العقود الواردة على العقار لشروط الرسمية والتسجيل والشهر.

<u>القسم 02</u>: <u>أحكام وشروط عقد الحكر.</u>

- لا يلجأ إلى الحكر إلا عند حاجة الوقف إلى العمار ولا يتوفر المال لعمارته فستخدم الأجرة المعجلة لهذا الغرض، أي وجود ضرورة.

---

[1] د. محمد سليمان الأشقر- مرجع سبق ذكره- ص 9 وما بعدها.
[2] أ. رامول خالد- مرجع سبق ذكره- ص 208 وما بعدها.




- لا بد من تحديد مدة عقد الحكر، عند الانعقاد، لألا يؤدي ذلك إلى إهمال الوقف وضباعه بسبب طول المدة، وانخفاض القيمة التأجيرية.
- لا بد من تحديد أجرة الحكر في العقد ذاته، بحيث تنص المادة (**26** مكرر) من القانون رقم: **01-07** المذكور آنفا، على أنه: "ضرورة التزام المستثمر بدفع إيجار سنوي يحدد في العقد، مقابل حقه في الانتفاع."

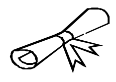
  وهذه الأجرة تحدد بأجرة المثل وقت التحكير، وتزيد هذه الأجرة أو تنقص بزيادة أو نقصان أجرة المثل دائما[1]، وهذا ما يعرف في أحكام الشريعة بتصقيع الحكر.
- لا يمكن للمنتفع في الحكر أن يسترد مبلغ التسبيق المعادل لثمن الأرض إذا قرر إلغاء عقد الحكر قبل انتهاء مدته.
- ينحصر حق المنتفع بالعين الموقوفة فيما تم التعاقد لأجله فحسب، أي أنه حق انتفاع لا ملكية، وعليه استغلالها استغلالا غير متلف للعين.
- لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المحكر، بأية صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو بالهبة او بالتنازل أو غيرها (المادة **18** من قانون **91-10** المتعلق بالأوقاف).
- رغم استحداث المنتفع بناء أو غراسا بالأرض المحكرة، إلا أن الوقف يبقى قائما شرعا مهما كان نوع ذلك الاستغلال.
- يجب على المحتكر الالتزام ببنود عقد الحكر المبرم بينه وبين الجهة القائمة على إدارة الوقف.

غير انه يطرح التساؤل بالنسبة إلى البناء أو الغراس الذي يحدثه المحتكر فهل يحق له تملك هذه التغييرات التي أحدثها أم لا؟

إن نص المادة (**26** مكرر **2**) نفسها أشارت إلى هذه المسألة في نهاية نص المادة نفسها، بحيث صرحت أن الإيجار السنوي الذي يدفعه المحتكر

---

[1] غير أن الأوقاف في الجزائر التي أجريتعليها عقود إيجار أو تحكير، تعاني من انخفاض القيمة الإيجارية، رغم ارتفاع وزيادة أجرة المثل، مما يجعل من بدل الإيجار فيها يكاد يكون رمزيا وهو الإشكال الذي تم طرحه بملتقى: (الأوقاف وأهميتها الاجتماعية والاقتصادية) بقسنطينة، الجزائر، في 18 أفريل 2006، والمطالبة بضرورة رفع بدل الإيجار في العقارات الوقفية.




يكون مقابل حقه في الانتفاع بالبناء او الغراس وتوريثه خلال مدة العقد، مع مراعاة أحكام المادة (25) من القانون رقم: **91-10** المؤرخ في: **27** أفريل **1991** والمتعلق بالأوقاف.

ونص المادة (25) نفسه يؤكد على أن كل تغيير يحدث بناء أو غرسا، يلحق بالعين الموقوفة، ويبقى الوقف قائما شرعا مهما كان نوع ذلك التغيير، أي حتى وإن مسببا بعقد قانوني، فإن حق الانتفاع المخول للمحتكر لا يرقى إلى درجة التملك النهائي، بل هو ظرفي وقتي، وينتهي بانتهاء المدة.

وفي خلاصة هذا العنصر فإنه ينبغي القول بأنه مثلما يستخدم التحكير في صالح الوقف و إعماره وتطوره، فإنه يمكن أيضا أن يكون سببا في انكماشه وتراجعه وذلك لأن استخدام المبلغ المعجل لحق الحكر من منظور اقتصادي، أي باستخدام هذا المبلغ في استثمار لوقف آخر، يعني أننا ضحينا بعقار وقفي معين عن طريق الحكر، فإننا سوف نستخدم هذا المبلغ في استنقاذ عقار آخر ونقله من وضع غير مفيد عبر استثمار المبلغ فيه، بحيث يصبح موردا للدخل نافعا للأوقاف، أما استخدام المبلغ المعجل في النفقات الدورية والمتجددة، فإن هذا عمليا يعني أننا قد صفينا عقارات الأوقاف بالتدريج، بحيث تكون في المستقبل لا دخل لها[1].

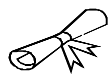
هذا فضلا عن أن مدة التحكير والتي قد تصل إلى سنوات طويلة جدا، وانخفاض القيمة التأجيرية في هذه المدة، ما يؤدي إلى إهمال الوقف وضياعه، لذلك يعتبر التحكير من ضمن الأسباب الوجيهة التي تحولت معه كثير من العقارات الوقفية إلى ممتلكات خاصة.

المطلب الثاني: استغلال واستثمار الأوقاف المبنية أو القابلة للبناء.

ينصرف اهتمامنا في هذه الدراسة إلى موضوع العقار الوقفي العمراني، أي المبني، وكذا القابل للتعمير والبناء، وهو جزء ضئيل إذا ما قيس بالعقار الوقفي الفلاحين ويتضاءل أكثر إذا ما قيس بالعقار الذي تتربع عليه الدولة الجزائرية.

والعقار الوقفي المقصود هنا هو كل أرض موقوفة يشغلها تجمع بنايات في مجالاتها الفضائية وفي مشتملات تجهيزها وأنشطتها، حتى ولو كانت هذه القطعة الأرضية غير مزودة بكل المرافق فإنها تدخل في مصاف الأراضي

[1] ـأنظر:زيدان عبد الكريم: نظرات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 2000م، ص 311.




الوقفية المبنية. إذ تعتبر كذلك متى اشتملت على الخصائص السالف ذكرها حتى ولو كانت غير مبنية أصلا أو حدائق أو تجمع بنايات.

وأما العقارات الوقفية القابلة للبناء وللتعمير فهي كل قطعة أرضية وقفية خصصت للتعمير في آجال معينة بواسطة أدوات التهيئة والتعمير.

غير انه يحدث أحيانا ولاعتبارات ما أن يتم إدماج الأراضي الفلاحية الوقفية المجاورة للتجمعات السكنية، ضمن الأراضي العمرانية، فتصبح أراضي مبنية أو قابلة للبناء وذلك طبقا لأحكام القانون رقم: **90-29** المؤرخ في: 14 جمادى الأولى عام **1411هـ** ، الموافق لـ: **01** ديسمبر **1990** والمتعلق بالتهيئة والتعمير[1] .

وعلى كل فإنه قرر المشرع طرقا لاستغلال واستثمار الأوقاف المبنية أو القابلة للبناء عبر ما اعتبرته المادة (**26** مكرر **5**و **6**) من القانون رقم: **01-07** المذكور آنفا وهي إحدى الطرق التالية:

<u>الفرع الأول</u>: <u>استغلال واستثمار الأوقاف المبنية أو القابلة للبناء.</u>

<u>القسم 01</u>: <u>عقد المرصد</u>

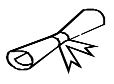
وعقد المرصد يعتبر نوعا من الإيجارة الطويلة، بحيث يسمح بموجبه لمستأجر الأرض بالبناء فوقها مقابل استغلال إيرادات البناء، وله حق التنازل عنه باتفاق مسبق طيلة مدة استهلاك قيمة الاستثمار، غير أنه يعود البناء وقفا يعود للموقوف عليهم بمجرد انتهاء المدة، وذلك تطبيقا لأحكام قانون الأوقاف رقم: **91-10** السالف الذكر، الذي يلحق البناء المستحدث بالعين الموقوفة مع بقاء الوقف قائما شرعا مهما كان نوع التغيير أو الاستثمار، طبقا لأحكام المادة (**25**) منه.

ولقد أكدت المادة (**26** مكرر **5**) من القانون رقم: **01-07** المذكور سالفا على هذا النوع من العقود، واعتبرته نوعا مميزا من الإيجار، بحيث أكدت على أن المنتفع هنا له مجرد استغلال إيرادات البناء الذي أقامه بمال استثمارا منه، مقابل أجرة سنوية يدفعها لجهة الوقف بصورة دورية ومنتظمة[2].

---

[1] أنظر نص المادة 26 مكرر 3 من القانون رقم: 01-07 المؤرخ في: 22 مايو 2001، المعدل والمتمم لقانون الأوقاف، وهي تحيل الباحثين في مجال الإدماج العقاري إلى قانون التهيئة والتعمير رقم: 90-29 المذكور أعلاه.

[2] د. أشرف محمد دوابه: صناديق الاستثمار في البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق، القاهرة، مصر. دار السلام، ط 1، 2004، ص 19.

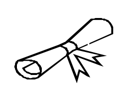
غير أن القاعدة في هذه المعاملة، تقضي بأنه عقد اسمي، أي لشخص المنتفع اعتبار في العقد، فلا يجوز له التصرف فيه لمصلحة الغير إلا إذا تضمن العقد ذاته هذا الشرط، فإنه من ثمة يجوز للمنتفع التنازل عنه لمصلحة الغير، ليس لسلطة قررها له القانون، وإنما لسلطة قررها له الاتفاق المسبق فيكون العقد شريعة المتعاقدين، ويجب في كل ذلك مراعاة المدة، أي مدة الاستثمار، بحيث أن الانتفاع يكون مقررا لمدة وهي مدة استهلاك قيمة الاستثمار، تطبيقا لأحكام المادة (26 مكرر 5) السالف ذكرها.

القسم 02: عقد المقاولة.

لقد أقر المشرع الجزائري إمكانية إبرام عقود مقاولة في سبيل استثمار العقارات الوقفية المبنية أو القابلة للبناء، من خلال الفقرة الأولى من المادة (26 مكرر 06) من القانون رقم: 01-07 المذكور أعلاه، بحيث اعتمد في ضبط لهذا العقد على الأحكام المقرر في القانون المدني الجزائري، في هذا الشأن لا سيما المادة (549) وما بعدها منه، من حيث الثمن، والالتزامات المتقابلة سواء التزامات المقاول، أو التزمات الموقوف عليهم، وكذا انقضاء عقد المقاولة وما يترتب عليه من حقوق والتزامات متقابلة.

ولقد وافقت المادة (26 مكرر 06)السالفة الذكر، على التعريف الذي جاءت به المادة (549) من القانون المدني، والتي عرفت المقاولة بأنها عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يضع شيئا أو يؤدي عملا، مقابل أجر يتعهد به للمتعاقد الآخر، ويكون الثمن حاضرا كليا أو مجزءا حسب الاتفاق المبرم بينهما، وإذا اختلفا في الثمن أو اغفل تحديد الأجر في العقد، وجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل ونفقات المقاول طبقا لنص المادة (562) ق.م، غير أنه إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم بالعمل على وجه معيب أو مناف للعقد، جاز لناظر الوقف أن ينذره بأن يعدل عن طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له، فإنه انقضى الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة جاز لناظر الوقف أو للموقوف عليهم، إذا كان الوقف خاصا، أن يطلبوا إما فسخ العقد وإما أن يعهد إلى مقاول آخر بإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول طبقا لأحكام المادة (180) من القانون المدني.

كما يحق للموقوف عليه، أو للإدارة القائمة على رعاية الوقف، محل عقد المقاول أن يتحللوا من العقد ويوقفوا التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه على




ان يتم تعويض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات، وما أنجزه من الأعمال، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل.

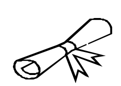
أما إذا توفي المقاول فإن عقد المقاولة ينقضي إذا أخذت بعين الاعتبار مؤهلاته الشخصية وقت التعاقد، وإن كان الأمر خلاف ذلك فإن العقد لا ينتهي تلقائيا ولا يجوز لجهة الوقف أو للموقوف عليه فسخه في غير الحالات التي تطبق فيها (2/552) من نفس القانون والتي يحضر فيها المقاول آلات وأدوات إضافية على نفقته، لذلك في غير هذه الحالات فإنه لا يجوز فسخ العقد، إلا إذا لم تتوفر في ورثة المقاول الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل.

وعلى كل حال فغن انقضاء العقد بموت المقاول يوجب دائما على الموقوف أو الجهة القائمة على ذلك الوقف أن تدفع قيمة ما تم من الأعمال وما انفق لتنفيذ ما لم يتم، وذلك بقدر النفع الذي يعود عليها من هذه الأعمال والنفقات وحسب ما جاء في المادة (3/570) ق.م ، فإنه تسري هذه الأحكام أيضا إذا بدأ المقاول في تنفيذ العمل ثم أصبح عاجزا عن إتمامه لسبب خارج عن إرادته.

<u>القسم 03</u>: <u>عقد المقايضة.</u>

وهي من عقود المعاوضة، التي يستفيد كل طرف فيها ببدل مقابل ما يقدمه للطرف الآخر، وتطبيقا لنص المادة (26 مكرر 2/06) من القانون رقم: 01-07 المعدل لقانون الأوقاف، يمكن أن تستغل وتستثمر وتنمي الأملاك الوقفية بموجب عقد المقايضة الذي يتم بمقتضاه استبدال جزء من البناء بجزء من الأرض مع مراعاة أحكام المادة (24) من القانون رقم: 91-10 المؤرخ في: 27 أفريل 1991، والمتعلق بالأوقاف، هذه الأخيرة التي لا تجيز تعويض عين موقوفة أو أن يستبدل بها ملك آخر، إلا في الحالات الاتية:

- حالة تعرضه للضياع أو الاندثار.
- حالة فقدان منفعة الملك الوقفي مع عدم إمكان إصلاحه.
- حالة ضرورة عامة كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية.
- حالة انعدام المنفعة في العقار الموقوف وانتفاء إتيانه بمنفع قط، شريطة تعويضه بعقار يكون مماثلا او أفضل منه.

ويكون إثبات هذه الحالات بواسطة قرار تصدره السلطة الوصية بعد المعاينة والخبرة.

يعد الاستبدال أو المقايضة أحد العناصر الأساسية في فقه الوقف، بل ويعد من سمات الوقف ومرونته، أي إمكانية تحويله أو تغييره بشروط.

إلا أن الاستبدال اتخذ من قبل البعض طريقا للاستيلاء على الوقف، مما أدى إلى تخريب الأوقاف وتعطيل الشعائر وإرادة الإحسان لدى الناس.

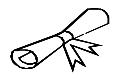
وقد اتخذت طرق السيطرة والاعتداء على الوقف من خلال الاستبدال صورا مختلفة:

- أهمها تبديد النظائر لأموال البدل، وعدم شراء بدل منها يحل محل الوقف المستبدل وكذا طمع المتولين على الأوقاف من اموال البدل وأخذها بتقادم الزمن وعدم وجود مطالب بها.
- استيلاء الدولة على أعيان الوقف بعد استبدالها، وهو ما فعلته أكثر من بلدية في الجزائر أثناء ضم بعض العقارات الوقفية لديها ضمن الاحتياطات العقارية وتعويضها واستبدالها بعقارات أخرى بموجب قانون التوجيه العقاري أو تعويض الموقوف عليهم إذا وجدوا، او الجهة التي آلت إليها تلك الأوقاف.
- استبدال الوقف الجيد بآخر أدنى منه جودة وأقل ريعا، مع ما في هذا من ضرر وغبن على جهة الوقف.

وهكذا يتضح مما سبق أن المقايضة أو الاستبدال، كان عنوانا تم من خلاله إضعاف الوقف والقضاء عليه، حتى أنه قد تأثرت آراء الفقهاء ومواقفهم في إجازة الاستبدال بما علموه من أنه اتخذ وسيلة لإبطال الأوقاف والاستيلاء عليها، فقد تشدد بعض الفقهاء في عملية الاستبدال وصعب طريقه لتكون وسيلة أو حاجزا لعمليات التفريط به[1].

<u>الفرع الثاني: استغلال واستثمار الأوقاف المبنية المعرضة للاندثار والخراب.</u>

[1] أنظر أبو زهرة، محاضرات في الوقف، مرجع سبق ذكره، ص 17 وما بعدها.

إنه وسعيا وراء استعاد الوقف دوره التاريخي، في المشاركة في التنمية، فإنه أولى اهتماما بالأوقاف القديمة التي آلت إلى الخراب والاندثار وذلك من خلال التفكير في إنقاذ ما يمكن إنقاذه منها، وإحياء ما خرب، وذلك باستحداث طرق تمكن من استغلال هذا النوع من الأوقاف واستثماره وذلك بإحدى الطريقتين التي تبناها المشرع من خلال القانون **01-07** المعدل لقانون الأوقاف والمذكور أعلاه، وهما غما عقد الترميم أو التعمير، حيث نصت المادة (**26** مكرر **07**) من القانون السالف الذكر أنه: "يمكن أن تستغل وتستثمر وتنمى العقارات الوقفية المبنية المعرضة للخراب والاندثار بعقد الترميم أو التعمير".

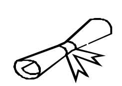
<u>القسم 01</u>: <u>عقد الترميم.</u>

الترميم هو إعادة ما تهدم من البناء القديم وتصليحه ووفق عمليات من البناء والإصلاح وهو الأمر الذي يحتاج إلى إنفاق وقد يكون الوقف بحاجة إلى عمليات الترميم ولكن التكاليف تفوق قدره وإيرادات ذلك الوقف، الأمر الذي دفع المشرع بفتح الباب أمام الأفراد الذين يرغبون بالانتفاع من البناء الوقفي سواء كان سكنيا أو تجاريا، وفق عملية تأجير يكون بدل الإيجار فيها هو قيام المستأجر بالإنفاق على عمليات الترميم التي يحتاجها البناء الوقفي، مقابل خصم ما أنفقه من مبلغ الإيجار مستقبلا، وفي ذلك نصت الفقرة الأخيرة من المادة (**26** مكرر **7**) من القانون **01-07** والمذكور أعلاه، بأن في عقد الترميم أو التعمير يدفع المستأجر بموجبه ما يقارب قيمة الترميم، مع خصمها من مبلغ الإيجار مستقبلا.

وتجدر الإشارة هنا إلى عملية الترميم لا تحتاج إلى رخصة صريحة من السلطات المحلية باعتبارها متعلقة ببناية موجودة من قبل، باستثناء الترميمات الكبرى التي تقع على الواجهات الخاصة بالمحلات والسكنات فإنها بحاجة إلى رخصة صريحة من طرف السلطات المحلية التي يقع العقار في اختصاصها.

<u>القسم 02</u>: <u>عقد التعمير.</u>

يسري على عقد التعمير في مجال الأوقاف ما يسري على عقد الترميم، بحيث يسمح للمنتفع بالقيام بما يحتاجه الوقف من تعمير وصيانة، والإنفاق على هذه العمليات، مقابل خصم المبلغ المدفوع من مبلغ الإيجار مستقبلا.




غير أن القانون **07/01** المؤرخ في **22** ماي **2001** المذكور آنفا لم يحدد مفهوم التعمير بل ترك المصطلح على عمومه، غير أنه وبالرجوع إلى القانون رقم **29/90** المؤرخ في ، **01** ديسمبر **1990** المتعلق بالتهيئة والتعمير، نجده ينص على شهادة التعمير من حلال المادة 51 منه:" يمكن لكل شخص طبيعي أو معنوي قبل الشروع في الدراسات أن يطلب شهادة للتعمير أن تعين حقوقه في البناء والاتفاقات التي تخضع لها الأرض المعينة ".

وقد شاع مصطلح التعمير أو العمارة، مستخدما في المجال الاقتصادي، ومع ذلك كما يقول الدكتور شوقي أحمد دنيا: إن لفظ العمارة أو التعمير يحمل مضمون التنمية الاقتصادية وقد يزيد عنها فهو نهوض في مختلف مجالات الحياة الإنسانية، وإن تناول بصفة أولية جوانب التنمية الاقتصادية للملك الوقفي بمعناها المتعارف عليه في علم الاقتصاد، والذي لا يخرج في خطوطه العريضة أو العامة عن تنظيم عمليات الاستثمار المختلفة[1].

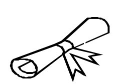
<u>الفرع الثالث</u>: <u>تنمية الأملاك الوقفة العامة.</u>

إن قضية التنمية في مجال الأملاك الوقفية، أصبحت من أولويات القضايا في عصرنا هذا، من تزايد الاهتمام بها مؤخرا، سواء من ناحية الفكر أو التطبيق، ومما زاد الاهتمام بهذه القضية التجارب الغير ناجحة، والممارسات المبتورة لكثير من نظار الوقف، والوضعية الرثة والسلبية التي وصلت إليها هذه الأملاك.

ويرجع فشل هذه التجارب بالدرجة الأولى، إلى غموض مفهوم التنمية للوقف ذاتهن والغايات المحددة للتنمية الوقفية، إذ أغلب الدراسات اتجهت إلى تحليل عوامل التخلف والشروط اللازمة للتنمية دون تحديد المفاهيم والمرتكزات الأساسية للتنمية في مجال الأوقاف.

عن فكرة الوقف في الأساس فكرة تنموية المنحى، لان المجالات التي يعمل فيها الوقف تتسم بالتنامي والزيادة، فالوقف يطمح على تلبية تلك الاحتياجات التي لا يمكن الوفاء بها إلا بنمو الوقف، وقدرته على الإنتاج من أجل الإسهام في نمو الأمة والمجتمع، وهذا الطابع الرسالي لفكرة الوقف يعطي العمل والكسب طابعا رساليا يعبر عنه حقيقة ان الوقف إنما هو:

[1] د. شوقي أحمد دنيا: التنمية الاقتصادية في الاسلام- دار الفكر العربي- بيروت –الطبعة الأولى- 1979 –ص85/ وأنظر د. حسن صادق حسن عبد الله: السلوك الاداري ومرتكزات التنمية في الاسلام –دار الهدى –الجزائر-الطبعة الثانية- 1992- ص 97




"حبس العين وتسبيل المنفعة والمنفعة من الوقف قائمة في نموها على العمل الذي يتضمن تراكما ماديا لأداء ولتحقيق المعاني والمقاصد غير المادية للأوقاف".

إن أغلب الدراسات في هذا المجال كانت لها إشارات قليلة إلى تنمية أموال الوقف، ولكن الغالب في اهتماماتها كان استثمار مال الوقف واستمرار قدرته على استمرار المنافع والعوائد المقصودة منه، أكثر نمائه وزيادة رأس ماله، وبخاصة الوقف العام منهن باعتباره أوسع الاوقاف انتشارا، ويغطي مجالات وأقسام متعددة تؤثر في المجتمع، منها القسم التعبدي الخاص بالإنفاق على المساجد والزوايا والأربطة، والقسم الاجتماعي والثقافي النوعي المتجلي في استحداث المدارس والإنفاق على دور الأيتام الملاجئ ودور العجزة ووجوه التجدد والعينينة الأخرى ذات الطابع التحسيني والتنموي. وإذا كانت فكرة التنمية غير ظاهرة في القسم التعبدي والتحسبي البحت من الوقف العام على الرغم من وجودها، فهي ظاهرة فعلا في القسم الاجتماعي والثقافي منه، ويرى المشرع الجزائري إمكانية تنمية هذا النوع من الأملاك الوقفية العامة عن طريق تحويل الأموال المجمعة إلى استثمارات منتجة، وذلك باستعمال مختلف أساليب التوظيف الحديثة والتي يجمعها تعديل قانون الأوقاف لسنة **2001** من الصور الآتية:

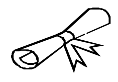
<u>القسم 01</u>: <u>القرض الحسن.</u>

القرض لغة هو القطع، واصطلاحا هو دفع المال لمن ينتفع به، يرد بدله بعد المدة المتفق عليها، وللقرض شروط منها ضرورة أن يعرف قدر القدر وأن يعرف وصفه، وأن يكون القرض صادرا ممن يصح تبرعه وتصرفه في المال، فلا يصح ممن لا يملك ولا من غير رشيد.

ولقد نص المشرع الجزائري على القرض في المادة (**450**) من القانون المدني، حيث جاء فيها أنه: "... عقد يلتزم به المقترض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر، على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض نظيره في النوع والقدر والصفة[1] ".

ولقد لجأ المشرع إلى هذا النوع من المعاملات، وذلك في مجال الأملاك الوقفية العامة، من أجل إقراض المحتاجين قدر حاجتهم، على أن يعيدوه في

[1] نصر الدين علية، موقف القوانين المدنية العربية من الفوئد ومدى مواءمته للشريعة الإسلامية- المؤسسة الوطنية للكتاب- الجزائر- 1985- ص80.




أجل متفق عليه، وهو الاعتراف الصريح من المشرع بمشروعية القرض في مجال الأوقاف، من خلال تكريسه في المادة (**26 مكرر 10**) من القانون رقم **07/01**: المؤرخ في: **22** ماي **2001** ولكن القرض المقصود بالمادة هو: "القرض الحسن " دون سواه، ومعنى الحسن أي القرض الذي لا يشتمل على فوائد ربوية، وذلك تماشيا مع أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية في تحريم الربا، باعتبار الوقف من الصدقات.

وصور القرض الحسن ليست على وجه واحد والمتمثل في منح المؤسسات الوقفية قروضا للمحتاجين، بل للقرض الحسن في مجال الأوقاف وجها آخر يتمثل في الصورة العكسية لهذه العلاقة، أين يكون الوقف بحاجة إلى القرض، ذلك أنه بما أن الوقف عمل خيري فمن المتوقع في حالة عدم القدرة على استثمار أصل الوقف أن يتم تشجيع المحسنين أو البنوك الإسلامية على القيام بإقراض الوقف ما يحتاج إليه من سيولة لا سيما إذا استعرض الوقف ما في القرض الحسن من أجر وثواب عظيم من الله عز وجل، وكون الجهات التي يصرف عليها الوقف جهات عامة من جهات البر والخير والإحسان.

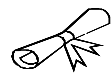
ولقد طرح حديثا أسلوب جديد لإعمار الوقف بأموال مستثمرين يشتركون في تقديم أموالهم للوقف مقارضة[1].

<u>القسم 02</u>: <u>الودائع ذات المنافع الوقفية.</u>

الوديعة هي كل ما يودع أي يترك من مال وغيره لدى من يحفظه ليرده إلى مودعه متى طلبه، وتعتبر الوديعة من جنس الأمانات، فعقد الوديعة لا يوجد فيه نقل ملكية الشيء المودع إلى المودع عنده، ذلك أن المودع يبقى مالكا للشيء الذي أودعه، كما أنه يسترد فيما بعد بذاته.

ولقد حاول المشرع الوقفي جلب المنفعة للأوقاف وللمؤسسات الوقفية من خلال توظيف المؤسسة الوقفية لهذه الودائع والانتفاع منها، وهو ما جاءت به المادة (**26** مكرر **10**) السالفة الذكر، بحيث نصت على أن: "الودائع ذات المنافع الوقفية هي التي تمكن صاحب مبلغ من المال ليس في حاجة إليه لفترة معينة من تسليمه للسلطة المكلفة بالأوقاف في شكل وديعة يسترجعها متى شاء، وتقوم السلطة المكلفة بالأوقاف بتوظيف هذه الوديعة مع ما لديها

[1] وسمي هذا الأسلوب بـ: (سندات المقارضة) وقد طرح موضوعها للبحث امام (مجمع الفقه الإسلامي) بجدة في السنوات الاخيرة.

من أوقاف". مما يجعل الوديعة بهذا الشكل تدخل ضمن نطاق القروض بحيث تنص المادة (**598**) قانون مدني جزائري على انه: "إذا كانت الوديعة مبلغا من النقود أو أي شيء آخر مما يستهلك وكان المودع لديه مأذونا له في استعماله، اعتبر العقد قرضا". وهي ما يطلق عليها فقهاء القانون اسم الوديعة الناقصة[1]، وهي التي يودع فيها شخص عند آخر مبلغا نقديا أو أي شيء يستهلك ويبيح له في ذات الوقت استعماله، وقد اعتبر المشرع الجزائري الوديعة بهذا الشكل بأنها قرض.

<u>القسم 03</u>: <u>المضاربة الوقفية.</u>

1. **<u>مفهومها</u>:**

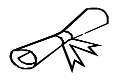
المضاربة مشتقة من الضرب في، وهي في اللغة مفاعلة، من ضرب في الأرض إذا سار فيها، أما اصطلاحا فهي تعني دفع المال إلى من يتجر به، بجزء من ربحه فهي تمثل اتفاق يقوم بموجبه من يملك المال بدفع ماله إلى من يملك الخبرة، لاستثمار هذا المال وفقا للضوابط الشرعية وهي بذلك تختلف عنا لمضاربة في عرف الرجال الاقتصاد الوضعي إذ يريدون بها المقامرة في الأسواق والعمل على رفع سعر السلعة وانخفاضه، وذلك يختلف تمام عن مقصود قانون الأوقاف المعدل في هذا المجال والذي يتطابق مع المضاربة المقصودة في الشريعة الإسلامية التي تعتبر شركة بين المال والعمل[2].

ولقد أكد المشرع الجزائري على إمكانية تنمية الأملاك الوقفية العامة بموجب عقد المضاربة الوقفي: حيث نص قانون: **07/01** السالف ذكره من خلال المادة (**26** مكرر **10**) منه على أن:"المضاربة الوقفية هي التي يتم فيها استعمال بعض ريع الوقف في العمل المصرفي والتجاري، من قبل السلطة المكلفة بالأوقاف مع مراعاة أحكام المادة **02** من القانون رقم: **10/91** المؤرخ في: **27** أبريل **1991** والمذكور أعلاه."، غير أن هذا التعديل أغفل مفهوم المضاربة وأحكامها وشروطها.

---

[1] محمد كامل مرسي باشا: العقود المسماة – المطبعة العالمية- أحمد حسن غزاوشركاءه- القاهرة- 1949 – ص 408.

[2] د. رمضان حافظ عبد الرحمان الشهير ب: السيوطي : موقف الشريعة الاسلامية من البنوك وصندوق التوفير وشهادات الاستثمار، المعاملات المصرفية والبديل عنها: التأمين على الأنفس والأموال- دار السلام للطباعة والنشر –القاهرة- ط 1 – 2005 –ص 153.




ويمكن تقسيم المضاربة إلى نوعين، المضاربة المطلقة والتي لا تتقيد بزمان ولا بمكان ولا عمل ولا ما يتاجر فيه المضارب ولا من يتعامل معه، ولا أي قيد من القيود.

والمضاربة المقيدة والتي تتقيد بقيد أو أكثر من القيود المذكورة في النوع الأول أو نحوها.

2. **<u>أركان المضاربة الوقفية</u>:**

للمضاربة أركان خمسة لا تصح بدونها، وتتمثل فيما يلي:

أ- <u>العاقدان</u>:

العاقدان في المضاربة الوقفية هما المال أي السلطة المكلفة بالأوقاف من ناحية ورب العمل وهو أحد المؤسسات المصرفية أو التجارية والتي سوف تستثمر المال مضاربة من ناحية أخرى، وهما كالوكيل والموكل، وقد اشترط القانون أهلية التوكيل في رب المال، وأهلية التوكل في المضارب، والمراد بها هو أهلية التصرف في الأموال، وعلى ذلك فإنه لا تصح المضاربة لو كان أحد المتعاقدين محجورا عليه لصغر سنه أو جنون.

ويجوز في عقد المضاربة أن يتعدد رب المال، أي أن تشترك أكثر من مؤسسة وقفية في رأس المال المضارب به: كما يجوز أيضا أن يتعدد المضارب في عقد المضاربة، كأن تقوم السلطة المكلفة بالأوقاف باستعمال ريع الوقف واستثماره لدى عدة مؤسسات مصرفية أو تجارية. على أن يتم تعيين حصة كل منهم في الربح، لأنه عقد على منفعة، فصح مع الواحد والجماعة، كالوكالة والإجارة[1].

ب- <u>الصيغة</u>:

وتتضمن الإيجاب والقبول، وتنعقد المضاربة بلفظ القراض لأنه لفظ موضوع له في لغة أهل الحجاز، وبلفظ المضاربة لأنه لفظ موضوع له في لغة أهل العراق والمغرب العربي ومنها الجزائر وهي اللفظة المستعملة من قبل المشرع الجزائري أثناء سنه لنص المادة (**26** مكرر **10**) السالف ذكرها،

[1] لمزيد من التفاصيل أنظر: د. عبد العزيز الخياط، الشركات في الشريعة الإسلاملة والقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة الثالثة، 1987، جزء2، ص7-67

كما تنعقد بما يدل على معناها لأنه المقصود هو المعنى فجاز بكل ما يدل عليه[1].

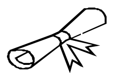
ج- <u>رأس المال</u>:

يشترط في رأس المال المضاربة شروطا لا يصح العقد بدونها، وتتمثل فيما يلي:

- أن يكون رأس المال نقدا: إذ يجب أن يكون رأس مال المضاربة من الأثمان أي نقدا. لأن المضاربة برأس مال غير نقدي كالعروض وغيرها، يؤدي إلى الغرر والجهالة حيث يتم بيعها وهي تساوي قيمة معينة، وترد وهي تساوي قيمة غيرها فيكون رأس المال والربح مجهولا، والجهالة تفضي إلى النزاع.
- أن يكون رأس المال عينا لا دينا: فمن الضروري تحقق رأس المال عينا لا دينا في ذمة المضارب، وعلى ذلك لو أرادت السلطة المكلفة بالأوقاف أن تضارب بالدين الذي لها في ذمة المؤسسة المصرفية أو التجارية المضاربة معها، لم يصح والمضاربة فاسدة، والعلة في ذلك هو أن ما في الذمة لا يتحول ويعود أمانة، أضف إلى ذلك احتمال أن يكون أحد الطرفين أعسر بماله فهو يريد أن يؤخره عنه على أن يزيد فيه فيكون الربا المنهي عنه، وكما اعتبر الفقه بأن رأس المال ما دام دينا فإنه محتمل التحقق وليس مؤكدا، ذلك أن المال الذي في يدي تلك المؤسسة المصرفية أو التجارية فهو لها، وإنما يصير لجهة الوقف أي رب المال بقبضه، ولم يوجد القبض هاهنا.
- أن يكون رأس المال معلوما: تقضي القواعد العامة في المعاملات المالية أن يكون محل التعاقد معلوما، لذا اشترط فقهاء القانون أن يكون رأس المال المضارب به معلوما قدرا وجنسا وصفة، فإذا كان مجهولا فإنه لا تصح المضاربة لأن جهالة رأس المال يؤدي إلى جهالة الربح، وجهالة الربح تؤدي إلى فساد المضاربة[2].

---

[1] عبد العزيز خياط- المرجع السابق- الجزء 5- ص26-27.
[2] أنظر في ذلك: د. أشرف محمد دوابة- مرجع سبق ذكره- ص 15 وما بعدها.

- تسليم رأس المال إلى المضارب: وليس المراد بهذا الشرط التسليم الفعلي لرأس المال حال العقد أو في مجلسه، وإنما المراد منه إطلاق يد العامل أي المؤسسة المصرفية المضارب معها، في التصرف في المال.

ولقد ذهب البعض من الفقهاء إلى اعتبار المراد من إطلاق يد المضارب في التصرف في رأس مال المضاربة، هو أن يستقل المضارب في حيازة رأس المال لأنه مؤتمن عليه، ولأن التضييق عليه يؤدي إلى الحد من تصرفاته ونشاطه.

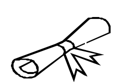
لتكون بذلك هذه جملة الشروط الواجب توافرها في رأس المال في عقد المضارب باعتبار أن رأس المال ركن من أركان المضاربة، كان ينبغي علينا الإشارة إليها لتوضيح معلمها، بسبب تجاهل المشرع الوقفي لها من خلال القانون الذي سن من خلاله هذا النوع من العقود، والذي رغم تناول الفقهاء له بالدراسة إلا أنه ظل مجهول المعالم لدى المشرع الجزائري.

د- <u>العمل</u>:

إن العمل كركن من أركان المضاربة الوقفية، حددت له أسس لا تصح المضاربة بدونها، ذلك أن تصرفات المضارب في المضاربة منها ما يملكه بمقتضى العقد، ومنها ما يحتاج إلى تفويض عام أو إذن خاص وجهة الوقف باعتبارها مؤسسة حسبية تعبدية لها مقاييسها ومعايير الدخل عندها، ومنها ما لا يملكه أصلا.

ولقد حدد الفقهاء شرطين في المضاربة، يحققان مشروعية الربح الناتج عنها لعمل أول هذه الشروط هو أن يكون العمل في مجال التجارة، أي مجال العمل في المضاربة هو التجارية بالإسترباح بالبيع والشراء وما يلزم ذلك، وكذا في كل ما يؤدي إلى تنح المال وتحقيق الأرباح من استثمار للأموال في الحرف والصناعة والزراعة وغيرها، وهذا الرأي يستقيم مع حاجة الوقف إلى تحقيق الربح واستثمار وحاجة البلاد إلى التعمير والإنتاج.

أما الشرط الثاني فيتمثل في عدم تضييق السلطة المكلفة بالأوقاف على المؤسسة المضاربة بتقييد غير مفيد، لأن الأصل في المضاربة هو أن تكون مطلقة، وعلى ذلك يتم اعتبار القيد قائما إذا كان مفيدا، وإلغاءه واعتباره كالعدم إن لم يكن كذلك، ويرجع في ذلك إلى أحكام ومبادئ الشريعة طبقا




لنص المادة (**26** مكرر **10**) السالف ذكرها والتي حرصت على تطبيق المادة **02** من قانون الأوقاف رقم **10/91** المذكور آنفا، علما وأن ذلك يعني الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في مسألة القيود.

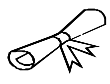
ه- <u>الربح</u>:

إن الربح كركن من أركان المضاربة لا بد من تحقق شروط تأسس لعقد المضاربة وتجعله صحيحا وهي:

- أن يكون الربح معلوما، وذلك لأن الربح هو المعقود عليه، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد.
- أن يكون جزءا شائعا، كالنصف أو الثلث أو بالنسب المئوية وما شابه ذلك لأن المضاربة نوع من الشركة في الربح.
- أن يكون الربح مختصا بالمتعاقدين دون غيرهما، أي بأن يكون الربح مختصا بالسلطة المكلفة بالأوقاف والمؤسسة المصرفية أو التجارية المضارب معها دون غيرهما.

وبذلك تكتمل لدينا جملة أركان المضاربة باعتبارها إحدى أهم طرق استغلال الأملاك الوقفية العامة، والتي نأمل أن تأخذ الأوقاف الخاصة بهذا النموذج أيضا باعتبار أنه صار للأموال السائلة دور مهم في أملاك الوقف، وتمثل ذلك في إيداع مبالغ نقدية في بنوك إسلامية ومؤسسات مصرفية أو تجارية، لصرف عائداتها على جهة ما، علما أنه أخذ حديثا في البلدان الإسلامية بجوار المضاربة بالأسهم[1] وبجوار وقف الأسهم والسندات إضافة إلى النقود على أمل أن تأخذ به بلادنا مستقبلا.

[1] أنظر وقائع الحلقة الدراسية لتثمير ممتلكات الأوقاف التي عقدت بجدة، من 1984/03/20م وحتى 1984/04/02م، تحرير حسن عبد الله الأمين (جدة: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب 1989) ص 149 وما بعدها

الخاتمة

يمكن تلخيص النظام أو التنظيم الذي خضع له الإقليم المعروف حاليا بالجزائر بغض النظر عن المتغيرات الحدودية عبر التاريخ، إلى ثلاث راحل قريبة منا حتى لا نتوه في أعماق التاريخ العقاري، وهذه المراحل هي: مرحلة النظام الإسلامي، ثم مرحلة الاستيطان الفرنسي ثم مرحلة الاستقلال الوطني والتشريع المستقل، ولكل مرحلة مميزاتها القانونية.

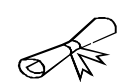
إن نظام الوقف والعقار الوقفي الذي هو وليد الإسلام شأنه في ذلك شأن باقي العقارات الأخرى عرف تطورات وتغيرات هامة في ظل هذه المرحلة وصولا إلى الوضع الحالي.

إن موضوع الوقف موضوعا عرف جدالا واسع النطاق، سواء على المستوى الشرعي أو على المستوى القانوني، والذي يعرف في نفس الوقت جمودا انعكس سلبا على حالة العقارات الوقفية حيث جعلها تكتسي الغموض فيما يجري عليها من انتهاكات، ومن تذبذب في التشريع.

لقد حاول المشرع الجزائري من خلال سن تشريعا خاصا بالأوقاف أثمر على ظهور قانون رقم : **10/91** المؤرخ في: **27** أفريل **1991**، أن يضع الإطار العام والأساس القانوني للوقف بحيث عرفه بأنه: " هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير." وقد تبنى في ذلك موقف جمهور الفقهاء.

وعلى غرار الدول الإسلامية التي تعمل بنظام الوقف ولكن الوقف العام دون الخاص فإنه وعلى عكس ذلك نجد المشرع الجزائري معترفا ومؤكدا على الوقف بنوعيه عام وخاص، إلا أنه اهتم بالعناية بالوقف العام أكثر من الخاص، ولكن لا يحرم نوعا دون الآخر من حماية القانون لها، وتدخل القانون هنا لا يكون إلا حين تتعرض إدارة المحبس لما يناقضها، ذلك أن المشرع يؤكد دائما على ضرورة احترام إرادة الواقف.

كما حاول المشرع الجزائري إرساء أركان الوقف واعتبرها أربع أركان أساسية وهي: الواقف - محل الوقف- صيغة الوقف- الموقوف عليه.

ولقد اشترط في الواقف أن يكون مالكا للعين المراد وقفها، وأن يتحلى بالعقل ولا بلوغ وأن لا يكون محجورا عليه لسفه أو دين، أو مريضا مرض الموت.

كما اشترط في محل الوقف أن يكون معلوما محددا، مشروعا، مفرزا، كما أنه يؤاخذ عليه أنه أغفل الحالة التي يكون فيها محل الوقف مالا مرهونا، وما يكتنف موقفه اتجاه وقف المنفعة من انتقادات لم يوقف المشرع الجزائري في تفاديها.

وأما الصيغة في الوقف فيجب أن تكون تامة، منجزة، دالة على التأبيد، مع ضرورة عدم اقترانها بشرط باطل.

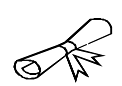
أما الموقوف عليهم في الوقف فقد عددهم المشرع الجزائري، وبجعله للواقف إمكانية الاحتفاظ بمنفعة الشيء الموقوف، يصرح بموقف المشرع من مسألة الوقف على النفس، غير أنه يؤاخذ عليه صمته اتجاه مسألة الوقف على الذكور دون الإناث واكتفائه باشتراط أن يكون الموقوف عليه معلوما، موجودا، أهلا للتملك لا تشوبه ما يخالف الشريعة.

ولقد اعتمد المشرع الرسمية في الأوقاف مع القول بصحة الأوقاف العرفية التي أنشأها أصحابها قبل صدور قانون الأوقاف.

إن الوقف من خلال النظام الذي رسمه له المشرع، تتضح جليا طبيعة الوقف فيه في اعتباره عقد تبرع من نوع خاص، وأنه حق عيني غير انه لا يتوارث، يتمتع بالشخصية الاعتبارية ويتمتع بحماية قانونية متميزة، تحول دون الحجز عليه أو اكتسابه بالتقادم، أو التصرف فيه، مع تحصينه بقاعدة الرسمية و التسجيل والشهر.

مما يجعل الوقف يدخل مرحلة التأسيس القانوني، بعد خروجه من حقبة اتسمت بهدم أركانه والاستيلاء عليه، وهي مرحلة الاستعمار، وما واجهته الأوقاف من انتهاكات وتجاوزات، إذ أنه ورغم خروج الوقف من تلك المرحلة ودخوله مرحلة رد الاعتبار والنهوض بها من الحالة التي تعيشها إلا أن ذلك لم يعد للأوقاف مكانتها المرموقة وعصرها الذهبي الذي شهدته خلال مرحلة الحكم الإسلامي للبلاد.

إن تسيير هذه الأملاك، تطلب من المشرع جهدا لضبط شؤونه، ومثلما يمكن الحديث عن إيجابيات نمط الإدارة لديه، يمكن كذلك الحديث عن سلبيات

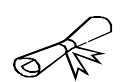



هذا النمط وجموده لفترات طويلة، ذلك أن التجربة الجزائرية في هذا المجال أظهرت أن فاعلية الإدارة الوقفية قد توقفت على مدى احترام إرادة الواقف، ونزاهة القضاء واستقلاله في ممارسة صلاحياته بشان الوقف.

إن الظروف باتت تلح على المشرع لمعالجة مشكلة ضعف الكفاءة في الأداء، والتي تتجلى بشكل واضح في تدني معدلات عوائد استثمار الأملاك الوقفية، وهي مشكلة موروثة عن النظام التقليدي في إدارة الأوقاف، ولما تسبب فيه الفساد الإداري من مشكلات أسهمت في تعطليه عن القيام بوظائفه وأعاقت تطوره وشوهت صورته وأوهنت بنيته المادية، ورغم الإصلاحات المتوالية إلا أن الفساد مستمر، حتى كاد الوقف في ظله أن يكون مرادفا لمفهوم "المال السايب" الذي لا صاحب له، أضف إلى ذلك مسالة تأسيس الإدارة العليا للوقف، وما أشرنا إليه في البحث من مساوئ أدخلت الوقف في حالة اضطراب وتذبذب مستمر، وكذا إلى انصراف ريع الوقف إلى غير ما حدده له الواقف.

إن فكرة الوقف فكرة تنموية المنحى، ويرجع ذلك إلى اعتبار أن مجالات الوقف تتسم بالتنامي والزيادة، فالوقف يطمح إلى تلبية تلك الاحتياجات التي لا يمكن الوفاء بها إلا بنمو الوقف، غير أن المشرع سابقا لم يكن يعرف سوى سبيل واحد لذلك، وهو نمط الإيجار، ولكن باعتبار الإيجار من عقود التسيير والإدارة، دفع المشرع إلى تعديل قانون الأوقاف المذكور أعلاه، من خلال سن نمط جديد من العقود، لم تشهده الأوقاف في الجزائر من قبل كاستثمار الأوقاف واستغلالها بموجب عقدي المزارعة والمساقاة إذا كانت الأملاك الوقفية فلاحية، واستصلاح تلك التي عطلت وبارت عن طريق عقد الحكر وهي عقود كانت متداولة في عهد مضى، ولكن تجاهلتها التقنيات الحديثة، اما العقار الوقفي المبني فقد حاول المشرع استغلاله بموجب عقد المرصد وعقد المقاولة، وعقد المقايضة، ولكن أغلب الأوقاف المبنية أصبحت أشبه بالأطلال لتعرضها للخراب والاندثار بسبب الإهمال وضآلة القيمة الإيجارية لها، ومسالة الإصلاح فيها أصبحت تكلف مبالغا ضخمة، مما دفع بالمشرع إلى اعتماد طريقة الترميم والتعمير بغية استنقاذها.

غير أن المشرع اخذ بفكر اقتصادي حديث، في سبيل تنمية الأوقاف العامة، وذلك باستعمال مختلف أساليب التوظيف الحديثة، والمتمثلة في أسلوب: القرض الحسن والذي يخلو من أي فائدة ربوية، والودائع ذات




المنافع الوقفية، إضافة إلى المضاربة الوقفية والتي تبرمها إدارة الأوقاف مع المؤسسات المصرفية والتجارية،ومن التوصيات التي يمكن الخروج بها ضرورة العمل على تطوير التشريع المنظم للوقف، وفق رؤية تهدف إلى النهوض بمؤسسة الوقف وتمكينها من أداء دورها في المجتمع، ومشاركتها في عملية التنمية مع الحفاظ على الاستقلال المالي والإداري لها.

الحض على الاجتهاد في موضوع الوقف على ان يراجع الاجتهاد المعاصر ظروف الزمان والمكان، دون مخالفة لنص او قاعدة معلومة من الدين، ومن ثمة كان داعيا للمشرع لسد ما وجد بقانون الأوقاف من ثغرات وفراغات وغموض رغم محاولات التعديل المتكررة إلا أنها لم تمس المسائل الجوهرية في الوقف.

ضرورة السعي الجاد لإعادة الأملاك الوقفية التي استولت عليها الدولة بموجب تأميم الأراضي، والتي رغم وجود نصوص صريحة لإعادتها، إلا أن جهود الإدارة القائمة على الأوقاف لا تزال دون المستوى.

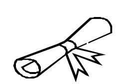
ضرورة تفعيل الرقابة الشعبية على الأوقاف، ودورها في المحافظة على الوقف من الضياع وحقهم في الشكوى عند حصول أي انحراف أو سرقة.

توفير بيئة ملائمة لنمو الوقف وتطوره من خلال اشتراك القطاع الخاص في هذه العملية وإعطاء المشاريع الوقفية محفزات وامتيازات، تزيد من استثماراتها ومن نسب نجاحها.

تشجيع التجار وأصحاب رؤوس الأموال على المشاركة في إقامة المؤسسات والمشاريع الوقفية.

التكثيف من عمليات تدريب العاملين في مجال الأوقاف لتفادي العيوب والثغرات الموجودة في المستوى التشريعي فيها، وحتى يكونوا صورة واضحة عن هذا النشاط.

إيجاد أساليب متنوعة لترسيخ عملية العطاء من خلال شرح إيجابيات الوقف عن طريق المدارس والمعاهد والجامعات، وضرورة التنسيق مع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي لتضمين الكتب المدرسية نصوصا عن الوقف، ودوره في النهوض بالمجتمع، باعتبار أن الوقف موضوع خصب للإطلاع والدراسة، ويحتاج إلى تعمق.

محاولـة توسيع مجـالات الاستثمار الـوقفي، بهدف الحصـول علـى أعلـى عائـد ممكـن مـن الأربـاح، وكـذلك ضـرورة الأخـذ بطـرق جديـدة فـي مجـال الاستثمار كـالسندات والأسهم الوقفية، وغيرها من النمـاذج التـي تحقق الـهدف المرجو.

